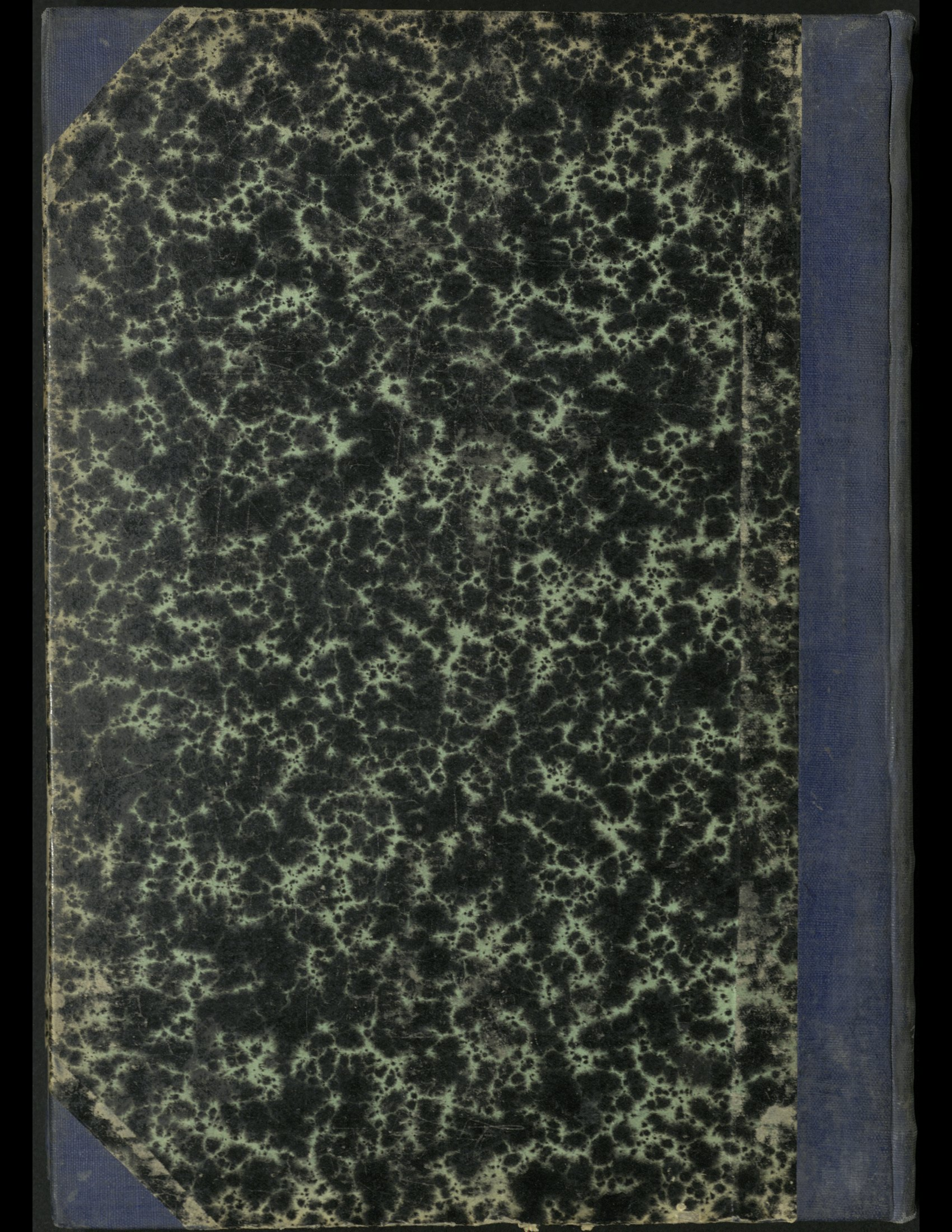
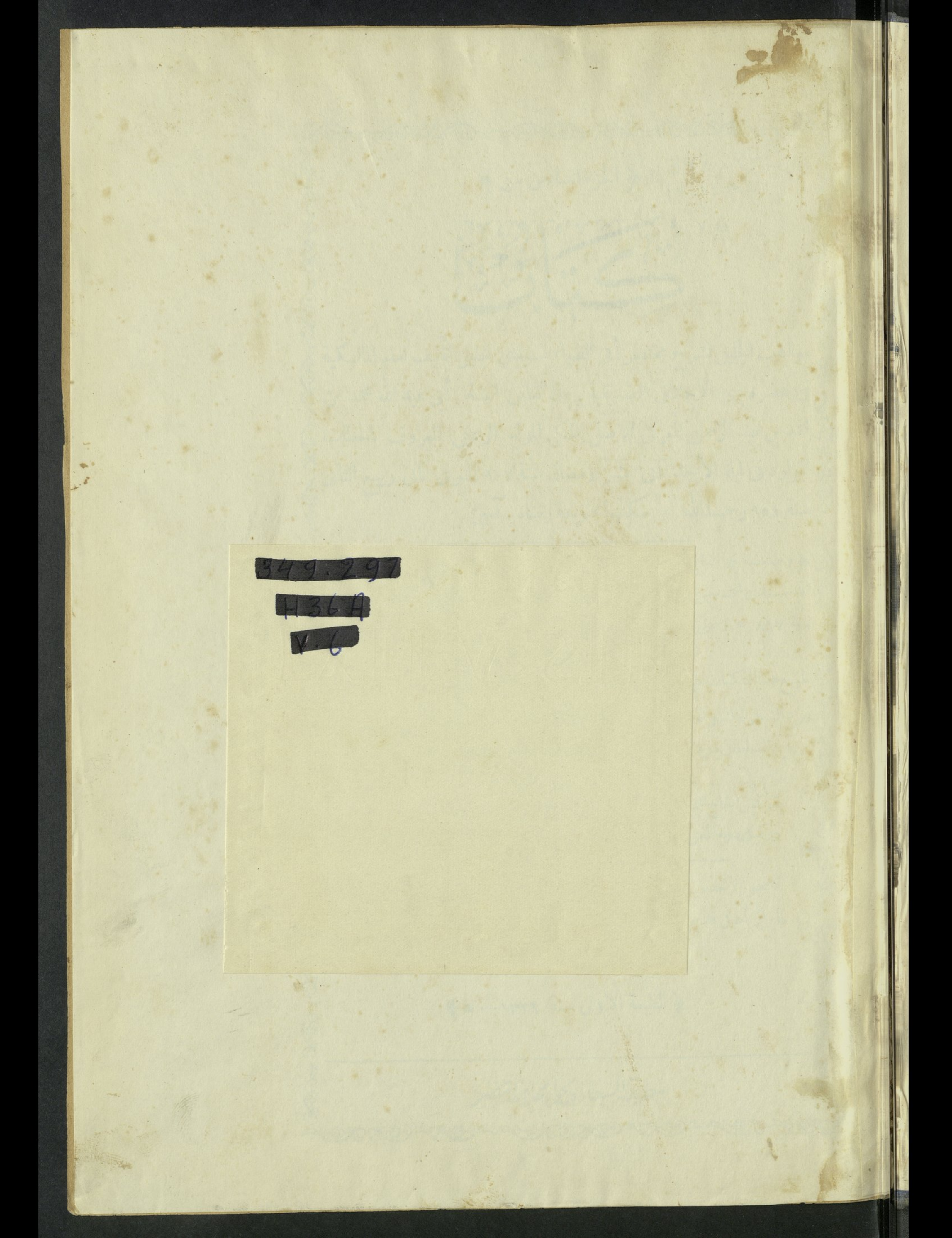
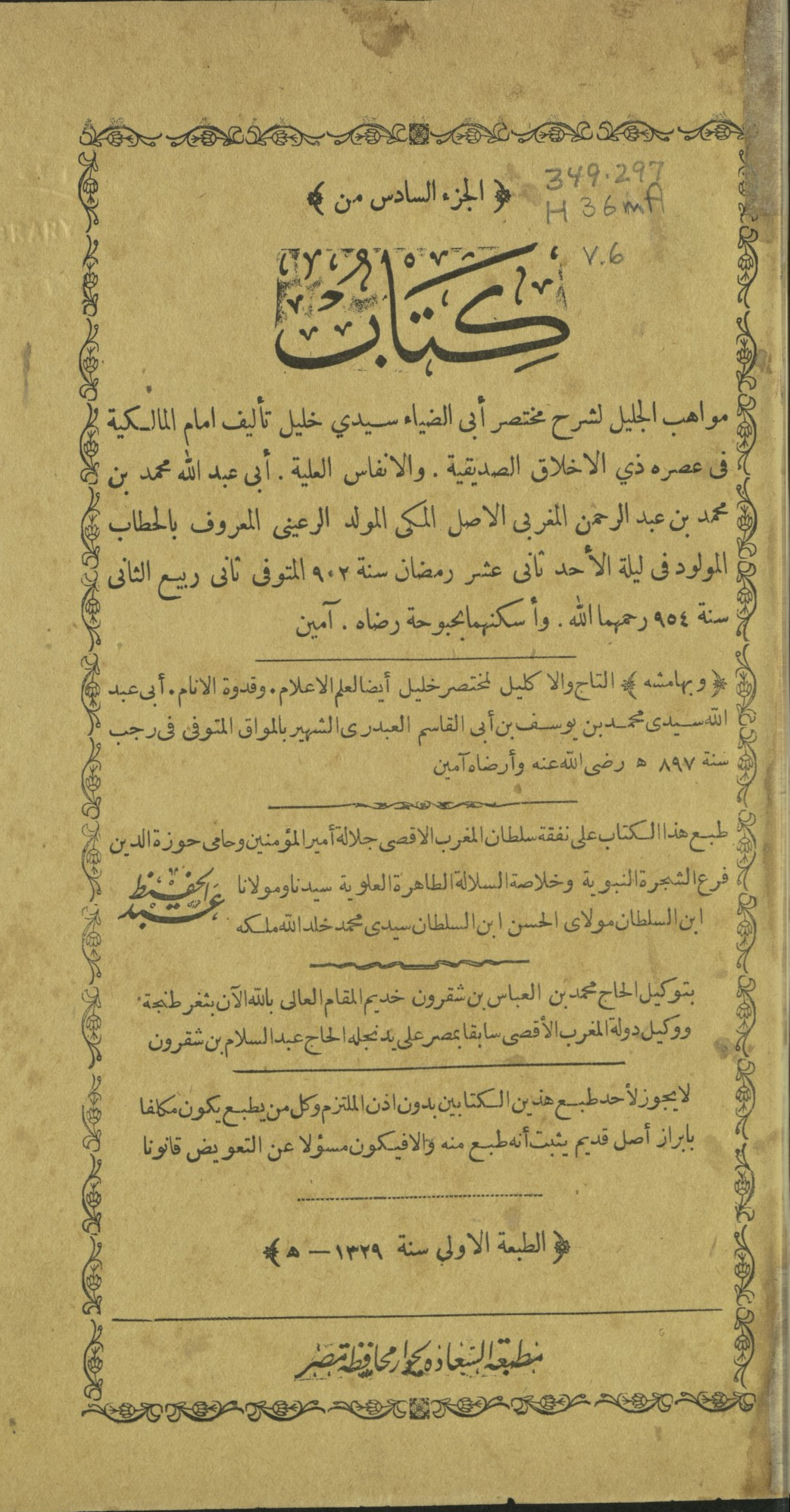






﴿ الجزء السادس من ﴾

كتاب

مواهب الجليل لشرح مختصر أبي الضياء سيدي خليل تأليف امام المالكية فى عصره ذي الاخلاق الصديقية . والانفاس العلية . أبى عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربى الاصل المكى المولد الرعينى المعروف بالحطاب المولود فى ليلة الأحد ثانى عشر رمضان سنة ٩٠٢ المتوفى ثانى ربيع الثانى سنة ٩٥٤ رحمهما الله . وأسكنهما بحبوحة رضاه . آمين

﴿ وبهامشه ﴾ التاج والاكليل لمختصر خليل أيضا العلم الاعلام . وقدوة الانام . أبى عبد الله سيدى محمد بن يوسف بن أبى القاسم العبدرى الشهير بالمواق المتوفى فى رجب سنة ٨٩٧ هـ رضى الله عنه وأرضاه آمين

طبع هذا الكتاب على نفقة سلطان المغرب الاقصى جلالة أمير المؤمنين وحامى حوزة الدين فرع الشجرة النبوية وخلاصة السلالة الطاهرة العلوية سيدنا ومولانا عبد الحفيظ ابن السلطان مولاى الحسن ابن السلطان سيدى محمد خلد الله ملكه

بتوكيل الحاج محمد بن العباس بن شقرون خديم المقام العالى بالله الآن بثغر طنجة ووكيل دولة المغرب الأقصى سابقا بمصر على يد نجله الحاج عبد السلام بن شقرون

﴿ الطبعة الاولى سنة ١٣٢٩ هـ ﴾

مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر

بسم الله الرحمن الرحيم

ص ﴿باب﴾

﴿موات الأرض ماسلم عن الاختصاص بعمارة ولو اندرست﴾ ش هذا باب احياء الموات والموات بفتح الميم ويقال موتان بفتح الميم والواو الأرض التي ليس لها مالك ولا بها ماء ولا عمارة ولا ينتفع بها الآن بجرى اليها ماء أو تستنبط فيها عين أو يحفر فيها بئر ويقال لها ميتة والموات بضم الميم ويقال الموتان بضم الميم أيضا الموت الذريع وبدأ المؤلف رحمه الله بتعريف الموات إما لانه السابق فى الوجود فلتقدمه طبعا قدمه وضعا واما لان حقيقة الموات متحدة والاحياء يكون بأمور كل منها مضاد للموات فاحتاج الى ذكره أولا ليذكر اضداده والتعريف المذكور تبع المصنف فيه ابن الحاجب وهو تبع ابن شاس وهو تبع الغزالى وهو قريب مما قال أهل اللغة فى معناه * وقال ابن عرفة احياء الموات لقب لتعمير داثر الأرض بما يقتضى عدم انصراف المعمر عن انتفاعه بها وموات الأرض قال ابن رشد فى رسم الدور من سماع يحيى بن القاسم من كتاب السداد والأنهار روى ابن غانم موات الأرض هى التى لانبات بها لقوله تعالى وأنزلنا من السماء ماء فأحيينا به الأرض بعد موتها فلا يصح الاحياء الا فى البوار ثم قال بعد ذكره كلام ابن الحاجب فتبع مع ابن شاس الغزالى وتركا رواية ابن غانم وهى أجلى لعدم توقف تصور مدلولها على الاختصاص وموجبه انتهى وقال فى اللباب حقيقة الاحياء العمارة والموات مالم يعمر من الأفنية وحكمه الجواز وهى سبب فى الملك

﴿كتاب احياء الموات﴾

* ابن شاس وفيه ثلاثة أبواب * الاول فى ملك الارض بالاحياء وفيه فصلان مايملك من الأرضين وكيفية الاحياء * الباب الثانى فى المنافع المشتركة فى البقاع كالشوارع والمساجد * الباب الثالث فى الاعيان المستفادة من الارض كالمعدن والمياه (موات الارض ما سلم من الاختصاص) روى ابن غانم موات الارض هى التى لا نبات بها لقوله تعالى فأحيينا به الارض بعد موتها فلا يصح الاحياء الا فى البور وقال ابن الحاجب الموات الارض المنفكة عن الاختصاص اه وانظر جرية الوادى اذا انصرف الوادى عنها الى ناحية أخرى أو جف الوادى أو انقطع هل يكون موضع جريته بمنزلة الموات وكيف لو كانت فى عدوتى النهر أرض لقوم انظره فى آخر الوثائق المجموعة والذى أفتى به ابن الحاجب فى نوازله انه للذين يلونه من جهته ولا يكون مواتا وانظر سماع عيسى من كتاب السداد والأنهار (بعمارة) ابن شاس الاختصاص أنواع الاول العمارة فلا يملك بالاحياء المعمور (ولو اندرست)

الباجي من اشترى أرضالم يرتفع ملكه لهاباندراسهااتفاقا(الا لاحياء) من المدونة من أحيا أرضاميتة ثم تركهاحتى دثرت وطال زمانهاوهلكت أشجارهاوتهدمت آبارها وعادت كأول مرة ثم أحياهاغيره فهى لمحيها آخرا * ابن يونس قياسا على الصيد اذا أفلت ولحق بالوحش وطال زمانه فهو للثانى قال مالك وهذا اذا أحيا فى غير أصل كان له فامامن ملك أرضابهبة أوشراء ثم أسلمهافهى له وليس لأحد أن يحييها وفى كتاب ابن المواز من اشترى صيدا ثم ندواستوحش ولحق بالوحش انه لمن صاده ولم يفرق بين من اشتراه لمن صاده لما وجد فيه من التوحش (وبحريمها) ابن شاس النوع الثانى من الاختصاص أن يكون حريم عمارة فيختص به صاحب العمارة ولا يملك بالاحياء (كمحتطب ومرعى يلحق غدواو رواحالبلد) ابن شاس حريم البلدة ما كان قريبا منها تلحقه مواشيها فى الرعى فى غدوها ورواحها وهو لهم مسرح ومحتطب فهو حريمها وليس لاحد احياؤه (ومالايضيق على وارد ولا يضر بماء بئر) ابن شاس أما البئر فليس لها حريم محدود لاختلاف الارض بالرخاوة والصلابة ولكن حريمها مالاضرر معه عليها وهو مقدار مالا يضر بمائها ولا يضيق مناخ ابلها ولا مرابض مواشيها عند الورود ولاهل البئر منع من أراد أن يحفر أو يبنى بئرا فى ذلك الحريم (ومافيه مصلحة لكنخلة) سأل ابن غانم مالكا عن (٣) حريم النخلة فقال قدر مايرى أن فيه مصلحتها و يترك ما أضر بها و يسئل عن ذلك أهل العلم به وقد قالوا من اثنى عشر ذراعا من نواحيها كلها الى عشرة أذرع وذلك حسن و يسئل عن الكرم أيضا وعن كل شجرة أهل العلم به فيكون لكل شجرة بقدر مصلحتها (ومطرح تراب ومصب ميزاب لدار) ابن شاس حريم الدار المحفوفة بالموات مايرتفق به من مطرح تراب أو مصب ميزاب * ابن عرفة مسائل المذهب تدل على صحة ماقال ابن شاس ولاتختص محفوفة بأملاك ولكل الانتفاع مالم يضر * ابن شاس المحفوفة بأملاك لاتختص ولكل الانتفاع بملكه وحريمه (وباقطاع) ابن شاس النوع الآخر من أنواع الاختصاص اذا أقطع الامام رجلا أرضا كانت ملكاوان لم يعمرها ولا عمل فيها شيأ يبيع و يهب و يتصرف وتورث عنه وليس هو من الاحياء بسبيل وانما هو تمليك مجرد قال ابن القاسم وسواء كانت فى المهامه أو الفيافى أو قريبة من العمران (ولا يقطع معمور العنوة ملكا) سحنون ما كان فى أرض العنوة من موات وشعارى لم يعمل ولا جرى فيها ملك لاحد فهى لمن أحياها * الباجى لافرق بين موات أرض العنوة وغيرها هى لمن أحياها ومن المدونة لايجوز شراء أرض مصر ولا تقطع لاحد قال غير واحد لانها فتحت عنوة * ابن رشد الاقطاع يكون فى البرارى والمعمور الامعمور أرض العنوة التى حكمها أن تكون موقوفة ابن عرفة يريد اقطاع تمليك وأما اقطاعها للانتفاع بها مدة فجائز قاله الطرطوشى وغيره (و بحمى امام محتاجا اليه قل من بلد عفا لكغزو) ابن شاس النوع الآخر من أنواع الاختصاص الحمى * الباجى هو أن يحمى موضعا لايقع فيه التضييق على الناس للحاجة العامة لذلك لماشية الصدقة والخيل التى يحمل عليها * ابن عرفة يقوم من هذا طول تأخير صرف الزكاة لمصلحة (وافتقر لاذن

وحكمة مشروعيته الرفق والحث على العمارة انتهى ص ﴿ الا لاحياء ﴾ ش قال فى التوضيح عن ابن رشد وانما يكون الثانى أحق اذا طالت المدة بعد عوده الى حالته الأولى وأما ان أحياه الثانى بحدثان عوده الى الحالة الاولى فان كان عن جهل منه بالاول فله قيمة عمارته قائمة للشبهة وان كان عن معرفة فليس له الا قيمة عمارته منقوضة بعد يمين الأول ان تركه اياه لم يكن اسلاما له وانه على نية اعادته انتهى (تنبيه) و ينبغى أن يقيد بأن لا يكون الاول علم بعمارة الثانى وسكت عنه والا كان سكوته دليلا على تسليمه اياه فتأمله والله أعلم ص ﴿ ومالايضيق على وارد ولايضر بماء بئر ﴾ ش قال الشارح وقال ابن نافع حريم البئر العادية خمسون والتى ابتدئ عملها خمسة وعشرون انتهى والعادية بالتشديد قال فى النهاية لابن الاثير شجرة عادية أى قديمة كأنها تنسب الى عاد وهم قوم هود عليه السلام وكل قديم ينسبونه الى عاد وان لم يدركهم انتهى ففهم من كلامه أن العادية بتشديد الياء وفى الصحاح وشئ عادى أى قديم كأنه منسوب الى عاد ص ﴿ ولا يقطع معمور العنوة ﴾ ش قال فى كتاب التجارة لارض الحرب من التنبيهات وأرض العنوة بفتح العين التى غلب عليها قهرا انتهى ص ﴿ و بحمى امام محتاج اليه قل من بلد عفا لكغزو ﴾ ش يعنى ان الوجه الرابع من أوجه الاختصاص التى تمنع احياء الموات الحمى يحمى للضعفاء من المسلمين لترعاه مواشيهم و يمنع منه الأغنياء وكذلك يجوز للامام أن يحمى

والحمى بكسر الحاء المهملة وفتح الميم والقصر هو المكان الذى يمنع رعيه ليتوفر فيه الكلأ فترعاه مواش مخصوصة ويمنع غيرها من رعيه والكلأ بالهمز من غير مد هو المرعى رطبا كان أو يابسا والخلا بالقصر من غير همز النبات الرطب قال فى المشارق وضبطه السمرقندى والعذرى بالمد وهو خطأ وقال الحافظ ابن حجر ومن مده فقد أخطأ والحشيش هو العشب اليابس وظاهر كلام صاحب القاموس ان الحمى يجوز فيه المد ولم يحك فى المشارق فيه الا القصر وسيأتى لفظه فالحمى بمعنى المحمى فهو مصدر بمعنى المفعول وهو خلاف المباح وتثنيته حميان وحكى الكسائى انه سمع فى تثنيته حموان بالواو والصواب الاول لانه يائى وأصل الحمى عند العرب أن الرئيس منهم كان اذا نزل منزلا مخصبا استعوى كلبا على مكان عال فحيث انتهى صوته حماه من كل جانب فلا يرعى فيه غيره ويرعى هو مع غيره فيما سواه وأما الحمى الشرعى فهو أن يحمى الامام موضعا لا يقع به التضييق على الناس للحاجة العامة الى ذلك اما للخيل التى يحمل عليها الناس للغز وأو لماشية الصدقة قاله الباجى ونقله عنه ابن عرفة وهو قريب من كلام المصنف الذى ذكره هنا فانه ذكر للحمى شروطا أربعة الاول أن يكون الحامى هو الامام بيده أو نائبه كما سيأتى التنبيه على ذلك واليه أشار بقوله حمى امام فليس لآحاد الناس أن يحمى والشرط الثانى أن يكون ذلك الحمى محتاجا اليه أى لمصلحة المسلمين اما لخيل المجاهدين والابل التى يحمل عليها للغزو أو لماشية الصدقة قال الشافعية ويجوز للامام أن يحمى للضعفاء من المسلمين لترعاه مواشيهم ويمنع منه الاغنياء وكذلك يجوز للامام أن يحمى للمسلمين ويمنع منه أهل الذمة ولا يجوز العكس فى المسئلتين (قلت) والظاهر أن هذا جار على مذهبنا كما يؤخذ من حديث الموطا الآتى وقوله أدخل رب الصريمة والغنيمة والى هذا أشار بقوله محتاجا اليه لكغز وفقوله لكغز ومتعلق بقوله محتاجا اليه فهو من تتمة الشرط الثانى وأتى بالكاف فى قوله لكغز وليدخل ماشية الصدقة وما ذكرناه بعد هذا فلا يجوز للامام أن يحمى لنفسه لان ذلك من خصائصه صلى الله عليه وسلم أعنى ان يحمى لنفسه كما تقدم فى الخصائص قالوا ولم يقع ذلك منه صلى الله عليه وسلم قال الشيخ زكرياء ولو وقع لكان فى ذلك مصلحة للمسلمين لان ما كان مصلحة له صلى الله عليه وسلم فهو مصلحة لهم وهو كلام صحيح الشرط الثالث أن يكون ذلك قليلا لا يضيق على الناس بل يكون فاضلا عن منافع أهل ذلك الموضع واليه أشار بقوله قل وصرح بذلك ابن الحاجب على ما فى نسخة المصنف فى التوضيح ويؤخذ من كلام سحنون الآتى فلا يجوز أن يكون الحمى كثيرا يضر بالناس ويضيق عليهم الشرط الرابع أن يكون فى المواضع التى لا عمارة فيها بغرس ولا بناء والى ذلك أشار بقوله من بلد عفا أى ليس لأحد فيه أثر بناء ولا غرس والمراد بالبلد الارض وأعاد الضمير عليها مذكرا اعتبارا بلفظ البلد فلا يجوز أن يكون الحمى فى المواضع المعمورة بالبناء والغرس وأشار المصنف رحمه الله بما ذكره فى هذين الشرطين الى ما قاله سحنون ونقله عنه فى النوادر وغيرها قال فى التوضيح قال سحنون الاحمية انما تكون فى بلاد الاعراب العفاء التى لا عمارة فيها بغرس ولا بناء وانما تكون الاحمية فيها فى الاطراف حتى لا تضيق على ساكن وكذلك الأودية العفاء التى لا مساكن بها الا ما فضل عن منافع أهلها من المسارح والمرعى انتهى وجعل الشارح قول المصنف قل من بلد عفا شرطا واحدا وجعل قوله لكغز وشرطا مستقلا وهو نحو كلام المصنف فى التوضيح والظاهر ما ذكرناه نعم يمكن أن يكون الشرط الثالث والرابع شرطا واحدا كما قال الشارح فتكون الشروط ثلاثة (تنبيهات * الأول) الأصل فى الحمى ما رواه البخارى فى صحيحه فى كتاب الشرب بكسر الشين المعجمة والمراد بالشرب الحكم فى قسمة الماء

الماء وضبطه الأصيلي بالضم قال الحافظ ابن حجر والاول أولى قال البخاري حدثنا يحيى بن بكير قال حدثنا الليث عن يونس عن ابن شهاب عن عبد الله بن عبد الله بن عتبة عن ابن عباس رضى الله عنهما ان الصعب بن جثامة رضى الله عنه قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا حمى الا لله ولرسوله قال و بلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حمى النقيع وان عمر حمى الشرف والربذة وأخرج منه أيضا فى كتاب الجهاد فى باب أهل الدار يبيتون الموصول منه عن الصعب بن جثامة أيضا أعنى قوله لا حمى الا لله ولرسوله وقوله و بلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حمى النقيع هكذا وقع لجميع رواة البخاري غير أبى ذر فانه وقع عنده قال أبو عبد الله بلغنا فاغتر بذلك بعض الشراح فظن أنه من كلام البخاري وانه من تعليقاته وليس كذلك وانما القائل بلغنا هو ابن شهاب فهو موصول بالاسناد المذكور اليه لكنه مرسل من مراسيل ابن شهاب وهكذا وقع فى رواية لأبى داود فقال عن الصعب بن جثامة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حمى وقال لا حمى الا لله ولرسوله قال ابن شهاب و بلغنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حمى النقيع ثم ذكر أبو داود رواية أخرى بعدها عن الصعب بن جثامة أيضا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حمى النقيع وقال لا حمى الا لله ولم يقل ولرسوله وذكر الروايتين فى آخر كتاب الخراج من سننه واقتصر الحافظ ابن حجر فى فتح البارى على ذكر الرواية الاولى من روايتى أبى داود ولم يذكر الثانية وذكرها فى تخريجه لأحاديث الرافعى وعزاها للامام أحمد وأبى داود والحاكم وقال انها مدرجة يعنى حمى النقيع وذكر أن البخاري وهم من أدرجها وقال أيضا فى تخريجه لأحاديث الرافعى أغرب عبد الحق فى الجمع فجعل قوله و بلغنا من تعليقات البخاري وتبعه على ذلك ابن الرفعة قال و يكفى فى الرد عليهما ان أبا داود صرح بانه من مراسيل الزهرى يعنى فى الرواية الاولى ثم ذكر أن الامام أحمد وابن حبان أخرجا من حديث ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم حمى النقيع لخيل المسلمين والصعب ضد السهل وعلى وزنه وجثامة بجيم مفتوحة وثاء مثلثة مشددة ذكره النووى فى أول كتاب الحج من شرح مسلم (الثانى) اقتصر عبد الحق فى الاحكام على عزو الحديث لأبى داود واقتصر على الرواية الثانية من روايتيه وزاد فيها لفظ ولرسوله فقال روى أبو داود عن الصعب بن جثامة أن النبى صلى الله عليه وسلم حمى النقيع وقال لا حمى الا لله ولرسوله وقال على بن عبد العزيز فى المنتخب حمى النقيع لخيل المسلمين ترعى فيه ثم ذكر حديثين آخرين ثم قال وأصح هذه الأحاديث حديث الصعب بن جثامة وهو الذى يعول عليه انتهى تبعه على ذلك ابن عبد السلام والمصنف فى التوضيح وابن عرفة وقد علمت ان الحديث فى صحيح البخاري وأخرج النسائى فى سننه فى كتاب الحمى وفى كتاب السير من حديث مالك عن ابن شهاب الموصول منه أعنى قوله لا حمى الا لله ولرسوله وعزا جماعة من الشافعية حديث انه صلى الله عليه وسلم حمى النقيع لابن حبان وقد علمت انه فى صحيح البخاري فعزوه له أولى وان كان مرسلا لان مراسيل البخاري كلها صحيحة ولاسيما وقد اعتضد بحديث ابن عمر المذكور والله أعلم (الثالث) وقع للحاكم ان البخاري ومسلما اتفقا على اخراج حديث لا حمى الا لله ورسوله وتبعه على ذلك أبو الفتح القشيرى فى الالمام وابن الرفعة فى المطلب قال الحافظ ابن حجر فى تخريجه لاحاديث الرافعى وقد وهم الحاكم فى ذلك فان الحديث من أفراد البخاري (الرابع) اقتصر ابن الاثير فى جامع الأصول على عزو الحديث للبخاري وأبى داود ولم يذكر النسائى وقد علمت انه رواه فى موضعين من سننه (الخامس) قال فى النهاية فى معنى الحديث أعنى قوله صلى

الله عليه وسلم لا حمى الا لله ولرسوله انه صلى الله عليه وسلم نهى عما كانت تفعله الجاهلية وأضاف الحمى لله ولرسوله أى الا ما يحمى للخيل التى ترصد للجهاد والابل التى يحمل عليها فى سبيل الله انتهى وقال ابن عبد السلام فى شرح ابن الحاجب لما ذكر الحديث تأوله الجمهور على معنى أنه لا ينبغى أن يحمى الا كما حماه رسول الله صلى الله عليه وسلم لخيل المجاهدين وشبه ذلك مثل ما فعله الخلفاء بعده حموا الابل الغزاة انتهى وقال الجلال السيوطى فى حاشية البخارى قوله لا حمى الا لله ولرسوله قال الشافعى يحتمل معنيين أحدهما لا حمى الا ما حماه صلى الله عليه وسلم والثانى لا حمى الا مثل ما حماه فعلى الاول ليس لاحد من الولاة أن يحمى بعده وعلى الثانى يختص بمن قام مقامه فهو الخليفة دون سائر نوابه انتهى ومقتضى كلامه انه يتفق على أنه ليس لنواب الامام أن يحموا وقال فى فتح البارى والارجح عند الشافعية أن الحمى يختص بالخليفة ومنهم من ألحق به ولاة الاقاليم ومحل الجواز أن لا يضر بكافة المسلمين انتهى والذى اقتصر عليه صاحب الارشاد من الشافعية أن الحمى لا يختص بالامام بل لولاته أن يحموا وقال ابن أبى شريف فى شرحه انه الاصح والذى رأيته فى كلام كثير من أصحابنا المالكية أنه يجوز للامام أن يحمى بالشروط التى تقدم ذكرها ولم يتكلموا على نوابه ولكن مقتضى كلام أهل المذهب ان ذلك بحسب عموم الولاية وخصوصها فاذا عم الامام الولاية على بلد لأمير جاز له أن يحمى وأحرى اذا فوض اليه النظر فى أمر الحمى والله أعلم (السادس) قال ابن عرفة بعد ان ذكر كلام عبد الحق المتقدم لفظ النقيع وجدته فى نسخة صحيحة من الباجى ومن أحكام عبد الحق بالنون قبل القاف وذكره البكرى بالباء قبل القاف وكذا وجدته فى نسخة صحيحة من النوادر وهو مقتضى قول اللغويين قال الجوهرى فى حرف الباء والبقيع موضع فيه أروم الشجر من ضروب شتى وبه سمى بقيع الغرقد وهو مقبرة المدينة ونحوه فى مختصر العين ومثله لابن سيده وزادوا الغرقد شجر له شوك كان ينبت هناك فذهب وبقى الاسم لازما للموضع ولم يذكر أحد منهم النقيع بالنون قبل القاف انه اسم موضع مع كثرة ما جلب فيه ابن سيده فى المحكم وقال الباجى فى آخر الموطأ فى ترجمة ما يتقى من دعوة المظلوم وفيه ذكر الحمى فقال الباجى وهذا الحمى هو النقيع بالنون ولم يتكلم عياض فى مشارقه على هذه الكلمة لعدم وقوعها فى الموطأ والصحيحين انتهى (قلت) وكانه رحمه الله لم يقف على ما ذكره القاضى عياض فى المشارق فى آخر حرف الباء الموحدة لما ذكر أسماء المواضع ونصه بقيع الغرقد الذى فيه مقبرة المدينة بباء بغير خلاف وسمى بذلك لشجرات غرقد وهو العوسج كانت فيه وكذلك بقيع بطحان جاء فى الحديث وهو بالباء أيضا قال الخليل البقيع كل موضع من الارض فيه شجر شتى وأما الحمى الذى حماه النبى صلى الله عليه وسلم ثم عمر بعده وهو الذى يضاف اليه فى الحديث غرز النقيع وفى الآخر بقدح لبن من النقيع وحمى النقيع وهو على عشرين فرسخا من المدينة وهو صدر وادى العقيق وهو أخصب موضع هنالك وهو ميل فى بريد وفيه شجر ويستجم حتى يغيب فيه الراكب فاختلف الرواة وأهل المعرفة فى ضبطه فوقع عند أكثر رواة البخارى بالنون وكذا قيده النسفى وأبو ذر والقابسى وسمعناه فى مسلم من أبى بحر بالباء وكذا روى عن ابن ماهان وسمعناه من القاضى الشهيد وغيره بالنون وبالنون ذكره الهروى والخطابى وغير واحد قال الخطابى وقد صحفه أصحاب الحديث فيروونه بالباء وانما الذى بالباء بقيع المدينة موضع قبورها وأما أبو عبيد الله البكرى فقال انما هو بالباء مثل بقيع الغرقد قال ومتى ذكر البقيع بالباء دون اضافة فهو هذا ووقع فيه فى كتاب الاصيلى

فى موضع بالنون والباء وهو تصحيف قبيح والاشهر فى هذا النون والقاف والنقيع بالنون كل
موضع يستنقع الماء فيه و به سمى هذا انتهى وقوله بقيع بطحان هو بضم الموحدة وسكون الطاء
المهملة بعدها حاء مهملة قال فى المشارق هكذا يرويه المحققون وكذا سمعناه من المشايخ وهو الذى
يحكى أهل اللغة فيه فتح الموحدة وكسر الطاء وكذا قيده القالى فى البارع وأبو حاتم والبكرى فى
المعجم وقال البكرى لايجوز غيره وهو واد فى المدينة انتهى وقوله غرز النقيع بفتح الغين
المعجمة والراء و بعدها زاى قال فى المشارق هكذا ضبطناه على أبى الحسن وحكى فيه صاحب العين
السكون قال وواحده غرزة مثل تمرة وتمر و بالوجهين وجدته فى أصل الجيانى فى كتاب الخطابى
قال أبو حنيفة هو نبات ذو أغصان رقاق حديد الاطراف يسمى الاسل وتسمى به الرماح وتشبه به
وقال صاحب العين هو نوع من الثمار اهـ ومقتضى كلام ابن عباس انه لم يقف على كلام صاحب
المشارق أيضا فانه قال بعد أن ذكر كلام عبد الحق هكذا رأيت فى نسخة من الاحكام منسوبة الى
الصحة بالنون والقاف وذكره البكرى بالباء والقاف قال وهو صدر وادى العقيق وقال وهو
منتدى للناس ومتصيد وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى الصبح فى المسجد باعلى عسيب وهو
جبل باعلى قاع العقيق ثم أمر رجلا صيتا فصاح باعلى صوته فكان مدى صوته بريدا وهو أربعة
فراسخ فجعل ذلك حمى طوله وعرضه ميل وفى بعضه أقل من ميل انتهى وقوله منتدى بمعنى النادى
وهو المجلس الذى يتحدث فيه وذكر المصنف فى التوضيح بعض كلام المشارق ولكن كلامه
يقتضى أن أبا عبيد غير البكرى وكلام القاضى عياض فى المشارق يقتضى أن أبا عبيد هو
البكرى وكذا رأيته فى كلام غير واحد من العلماء منهم ابن حجر فى مقدمة فتح البارى الا أنه ذكر
عن البكرى انه حكى فيه وجهين والذى حكاه القاضى فى المشارق عن البكرى انما هو وجه
واحد كما تقدم قال النووى فى تهذيب الاسماء واللغات النقيع بفتح النون وكسر القاف هو صدر
وادى العقيق على نحو عشرين ميلا من المدينة وقال الشافعى فى مختصر المزنى وهو بلد ليس
بالواسع الذى يضيق على من حوله اذا حمى و يعنى بالبلد الارض قال صاحب مطالع الانوار مساحته
ميل فى بريد وذكر ما تقدم عن المشارق الا أن قوله على عشرين ميلا من المدينة خلاف ما قال
فى المشارق والذى حكاه الحافظ ابن حجر وغيره انه على عشرين فرسخا كما قال فى المشارق وذكر
فى النوادر عن كتاب ابن سحنون ان ابن وهب روى عن مالك ان قدر النقيع ميل فى ثمانية
أميال قال ثم زاد فيه الولاة بعد وهكذا ذكر الحافظ ابن حجر فى فتح البارى عن موطأ ابن وهب
انه ميل فى ثمانية أميال وهو خلاف ما ذكره هو فى مقدمة فتح البارى وما ذكره فى المشارق وما حكاه
النووى فى تهذيب الاسماء واللغات من أنه ميل فى بريد فان البريد اثنا عشر ميلا (السابع)
تقدم فى صحيح البخارى ان عمر رضى الله عنه حمى الشرف والربذة قال فى فتح البارى وهو
من بلاغ الزهرى والشرف بفتح المعجمة والراء بعدها فاء فى المشهور وذكر عياض انه عند
البخارى بفتح المهملة وكسر الراء قال وفى موطأ ابن وهب بفتح المعجمة والراء قال كذا رواه بعض
رواة البخارى أو أصلحه وهو الصواب وأما سرف فهو موضع بقرب مكة ولا يدخله الالف واللام
انتهى وقال فى مقدمته قال أبو عبيد البكرى هو ماء لبنى باهلة أو لبنى كلاب انتهى وقال الزركشى هو
من عمل المدينة وأما سرف فمن عمل مكة على ستة أميال وقيل سبعة وقيل تسعة وقيل اثنا عشر
انتهى وأما الربذة فهى بفتح الراء والموحدة وبعدها ذال معجمة قال فى فتح البارى موضع معروف

بين مكة والمدينة انتهى وقال الزركشي في كتاب العلم من حاشية البخاري موضع على ثلاث مراحل من المدينة انتهى قال ابن عبد السلام المالكي قال البكري الربذة هي التي جعلها عمر حمى لابل الصدقة وكان حماه الذي حماه بريدا في بريد قال ثم تزيدت الولاة في الحمى أضعافا ثم أبيحت الاحمية في أيام المهدي فلم يحمها أحد وحمى عمر رضي الله عنه صرفة وزاد فيه عثمان انتهى وقال في النوادر وحمى أبو بكر رضي الله عنه الربذة لما يحمل عليه في سبيل الله نحو خمسة أميال في مثلها وحمى ذلك عمر لابل الصدقة التي يحمل عليها في سبيل الله وحمى أيضا الشرف انتهى (الثامن) ذكر الرافعي في الشرح الكبير الحديث السابق بلفظ انه صلى الله عليه وسلم حمى النقيع لابل الصدقة ونعم الجزية قال الحافظ ابن حجر في تخريج أحاديثه بعد ان ذكر روايات الحديث تبين بهذا ان قوله لابل الصدقة ونعم الجزية مدرج ليس في أصل الخبر انتهى والله أعلم (التاسع) قال المصنف في التوضيح أنظر ما في الحديث من قوله حمى النقيع كما ذكر المصنف يعني ابن الحاجب وذكره الجوهري رباعيا فقال أحميت المكان جعلته حمى انتهى (قلت) ليس في كلامه ما يقتضي أنه لا يستعمل منه الا الرباعي ونصه حميته أي دفعت عنه وهذا شيء حمى على فعل أي محظور لا يقرب وأحميت المكان جعلته حمى انتهى وقال في القاموس حمى الشيء يحميه حميا وحماية بالكسر ومحمية منعه وكلأ حمى كرضا محمى ثم قال وأحمى المكان جعله حمى لا يقرب انتهى وقال في المشارق الحمى بكسر الحاء مقصور الممنوع من الرعي تقول حميت الحمى فاذا امتنع منه قلت أحميته ومنه قولهم حميت الماء القوم أي منعتهم انتهى فعلم من كلامه في المشارق انه يقال حميته بالفعل الثلاثي وأنه لا يقال أحميته بالرباعي الا بعد امتناع الناس منه والله أعلم (العاشر) قوله لا حمى بلا تنوين وفي بعض الروايات بالتنوين قال الكرماني فتكون حينئذ لا بمعنى ليس أي فتكون للاستغراق على الاول بخلاف الثاني (الحادي عشر) قال الشافعية وينبغي للوالي اذا حمى أن يجعل للحمى حافظا يمنع أهل القوة من الرعي فيه ويأذن للضعيف والعاجز فان دخله أحد من أهل القوة ورعى منع ولا غرم عليه ولا تعزير انتهى (قلت) وهو ظاهر وكلام أهل المذهب يقتضيه فقد قال ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح وقد صح ان عمر رضي الله عنه قال لهني حين ولاه على الحمى ادخل رب الصريمة والغنيمة واياي ونعم ابن عوف وابن عفان اه الا أن قولهم لا تعزير عليه فيه نظر والظاهر ان من بلغه النهي وتعدى بعد ذلك ورعى في الحمى فللامام أن يعزره بالزجر أو التهديد فان تكررت المخالفة فيعزره بالضرب وقولهم لا غرم عليه ظاهر لا شك فيه والله أعلم وما ذكره ابن عبد السلام عن عمر رضي الله عنه هو ما رواه مالك رضي الله عنه في آخر جامع الموطا في باب ما يتقي من دعوة المظلوم عن زيد بن أسلم عن أبيه ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه استعمل مولى له يدعى هنيا على الحمى فقال يا هني اضمم جناحك عن الناس واتق دعوة المظلوم فان دعوة المظلوم مجابة وأدخل رب الصريمة والغنيمة واياي ونعم ابن عوف وابن عفان فانهما ان تهلك مواشيهما يرجعان الى المدينة الى زرع ونخيل وان رب الصريمة والغنيمة ان تهلك ماشيته يأتي ببنيه فيقول يا أمير المؤمنين يا أمير المؤمنين افتاركهم انا لا ابالك فالماء والكلا ايسر علي من الذهب والورق وأيم الله انهم لا يرون اني قد ظلمتهم انها لبلادهم ومياههم قاتلوا في الجاهلية واسلموا عليه في الاسلام والذي نفسي بيده لولا المال الذي احمل عليه في سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبرا انتهى (الثاني عشر) هذا الحديث رواه البخاري في كتاب الجهاد عن اسماعيل يعني ابن أبي أويس عن مالك وقال الحافظ ابن حجر في فتح الباري وهذا الحديث

ليس فى الموطا قال الدارقطنى فى غرائب مالك هو حديث غريب صحيح انتهى (قلت) وهذا من الامر العجيب فان الحديث موجود فى جميع نسخ الموطا وشروحه والله أعلم (الثالث عشر) قوله مولى له يدعى هنيا هو بضم الهاء وفتح النون وتشديد الياء قال النووى فى تهذيب الاسماء واللغات هكذا ضبطه ابن ماكولا وغيره من أهل الاتقان وكذا ضبطناه فى صحيح البخارى والمهذب وغيرهما قال ورأيت بخط من لا تحقيق له انه يقال أيضا بالهمز وهذا خطأ ظاهر نبهت عليه لئلا يغتر به روى هنى عن أبى بكر وعمر ومعاوية وعمرو بن العاصى رضى الله عنهم انتهى وقال فى فتح البارى قوله يدعى هنيا بالنون مصغرا من غير همز وقد يهمز وهذا المولى لم أر من ذكره فى الصحابة مع ادراكه وقوله على الحمى قال فى فتح البارى بين ابن سعد أنه كان على حمى الربذة وقوله اضمم جناحك عن الناس أى اكفف يدك عن ظلمهم فى المال والبدن والجناح اليد قال الله تعالى واضمم اليك جناحك وفى رواية البخارى اضمم جناحك عن المسلمين قال فى فتح البارى وفى رواية معن عن مالك عند الدارقطنى فى الغرائب اضمم جناحك للناس وعلى هذا استرهم بجناحك وهو كناية عن الرحمة والشفقة وقوله فى هذه الرواية اضمم جناحك للناس لعله على الناس فانى رأيته كذلك وقال ابن عرفة قال أبو عمر قوله اضمم جناحك يقول لا تستطل على أحد لمكانك منى وقوله واتق دعوة المظلوم كناية لطيفة عن النهى عن الظلم وهكذا رأيته فى نسخ البخارى وذكره فى فتح البارى بلفظ واتق دعوة المسلمين ثم قال وفى رواية الاسماعيلى والدارقطنى وأبى نعيم دعوة المظلوم وقوله فان دعوة المظلوم مجابة هكذا فى نسخ الموطأ ولفظ البخارى فان دعوة المظلوم مستجابة وقوله وأدخل رب الصريمة والغنيمة أدخل بهمزة قطع مفتوحة وكسر الخاء المعجمة ومتعلق الادخال محذوف والمراد المرعى والصريمة بضم الصاد المهملة مصغر الصرمة بكسر الصاد وهى القطعة من الابل نحو الثلاثين قاله فى الصحاح وقال الاسنوى فى المهمات فى كتاب احياء الموات ما بين العشرة الى الثلاثين من الابل خاصة وقال فى القاموس ما بين العشرة الى الثلاثين أو الى الخمسين أو الأربعين أو ما بين العشرة الى الاربعين أو ما بين عشرة الى بضع عشرة والغنيمة على وزن الصريمة مصغر أيضا هى ما بين الاربعين الى المائتين قاله الاسنوى أيضا وقوله واياى ونعم ابن عوف وابن عفان فيه تحذير المتكلم نفسه وهو شاذ لا يقاس عليه عند جمهور النحويين قال الاسنوى وقد وقع للرافعى وغيره بالكاف والوارد فى رواية الشافعى وغيره انما هو بالياء وابن عوف هو عبد الرحمن وابن عفان هو عثمان رضى الله عنهما وخصهما بالذكر على طريق المثال لكثرة نعمهما لانهما من مياسير الصحابة قال فى فتح البارى ولم يرد منعهما البتة وانه أراد انه اذا لم يسع المرعى الانعم أحد الفريقين فنعم المقلين أولى فنهاه عن ايثارهما على غيرهما أو تقديمهما قبل غيرهما وقد بين حكمة ذلك انتهى (قلت) ظاهر الخبر أنه أراد منع نعمهما ليتوفر المرعى لابل الصدقة فتأمله وقوله يأتنى ببنيه كذا فى أكثر نسخ الموطا يأتنى بحذف الياء للجزم فى جواب الشرط وهو الراجح وفى بعض النسخ يأتينى باثبات الياء وهو ضعيف وقوله ببنيته كذا فى نسخ الموطا بالنون قبل المثناة تحت جمع ابن وهى رواية الكشميهنى فى البخارى ووقع عند أكثر رواة البخارى بيبته بالتاء التحتية ثم الفوقية بلفظ البيت والمعنى متقارب وقوله فيقول يا أمير المؤمنين مقول القول محذوف لدلالة السياق عليه ولانه لا يتعين فى لفظ مخصوص نحو يا أمير المؤمنين أنا فقير أنا محتاج الى كذا وقوله افتاركهم أنا استفهام انكارى أى لا أتركهم محتاجين وقوله لا أبا لك بفتح الموحدة من غير تنوين ثم اختلف فيه فعند سيبويه والجمهور

انه مضاف واللام زائدة مؤكدة لمعنى الاضافة وهى معتد بها من حيث ان اسم لا لا يضاف لمعرفة فاللام لصورة الاضافة وغير معتد بها من حيث ان ماقبلها منصوب بالالف واللام وانما ينصب بها اذا كان مضافا ويشكل عليهم لا أبالى بالالف واللام فانه لا ينصب بالالف اذا أضيف للياء وقال ابن الحاجب وابن مالك انه شبيه بالمضاف ويشكل على قولهما حذف التنوين وسمع من قولهم لا أبالك بدون لام وهو مشكل وظاهر كلامهم انه لم يسمع لا أبالك ولو سمع لا مكن توجيهه بانه شبيه بالمضاف والخبر على هذه الاوجه محذوف وسمع من كلامهم لا أبالك بالبناء على الفتح وهو القياس وقوله لك هو الخبر على هذا الوجه ولو قال لا أب لك بالرفع والتنوين صح وهذا اللفظ ظاهره الدعاء عليه قال فى فتح البارى وهو على المجاز لا على الحقيقة وقوله انهم ليرون قال فى فتح البارى بضم التحتية أوله بمعنى الظن وبفتحها بمعنى الاعتقاد قوله انى قد ظلمتهم (فرع) قال ابن حجر قال ابن التين يريد أرباب المواشى الكثيرة والذى يظهر لى انه أراد أرباب المواشى القليلة لانهم الاكثر وهم أهل تلك البلاد من نواحى المدينة ويدل على ذلك قوله انها لبلادهم وقد أخرج ابن سعد فى الطبقات ان عمر رضى الله عنه أتاه رجل من أهل البادية فقال يا أمير المؤمنين بلادنا قاتلنا عليها فى الجاهلية وأسلمنا عليها فى الاسلام ثم تحمى علينا فجعل عمر ينفخ ويفتل شاربه وأخرج الدارقطنى فى غرائب مالك نحوه وزاد فلما رأى الرجل ذلك الح عليه فلما أكثر عليه قال رضى الله عنه المال مال الله والعباد عباد الله والارض أرض الله ما أنا بفاعل انتهى (قلت) والظاهر أن الضمير فى يرون يعود الى أصحاب المواشى الممنوعين سواء كانت مواشيهم كثيرة أو قليلة ثم قال فى فتح البارى وقال ابن المنير لم يدخل ابن عفان ولا ابن عوف فى قوله قاتلوا عليها فى الجاهلية فالكلام عائد على عموم أهل المدينة لا عليهما انتهى قال الشيخ ابن أبى زيد فى النوادر وقال عمر رضى الله عنه لرجل من العرب عاتبه فى الحمى بلاد الله حميت لمال الله انتهى وقوله لولا المال الذى أحمل عليه فى سبيل الله قال فى فتح البارى أى من الابل التى كان يحمل عليها من لا يجد مركبا وجاء عن مالك أن عدة ما كان فى الحمى فى عهد عمر بلغ أربعين ألفا من ابل وخيل بينها انتهى وقال الاسنوى قوله لولا المال الذى أحمل عليه أى الخيل التى أعدتها لا حمل عليها من لا مركوب له قال مالك رضى الله عنه وكانت عدتها أربعين ألفا انتهى وهو مخالف لما ذكره فى فتح البارى (الرابع عشر) قال ابن عرفة قال أبو عمر فيه ما كان عليه عمر من التقى وأنه لا يخاف فى الله لومة لائم لانه لم يداهن عثمان ولا عبد الرحمن وآثر المساكين والضعفاء وبين وجه ذلك وامتثل قوله صلى الله عليه وسلم لا حمى الا لله ولرسوله يعنى ابل الصدقة اه قال ابن عرفة لما ذكر عن الباجى انه يحمى لماشية الصدقة قلت يقوم منه طول تأخير صرف الزكاة اذا كان لتأخير مصرفها انتهى (الخامس عشر) قال الشافعية ان ما حماه الرسول صلى الله عليه وسلم لا ينقض فلا ينقض حمى النقيع وأما ما حماه غيره من الولاة فيجوز نقضه لمصلحة وسواء كان الناقض هو الذى حماه أو غيره (قلت) هذا ظاهر ان ثبت أنه صلى الله عليه وسلم لما حمى النقيع أمر أن يجعل ذلك حمى للمسلمين دائما وأما اذا حماه فى سنة من السنين ولم يفهم أن ذلك حكم مستمر فالظاهر أنه لا يلزم استمراره ولو ثبت ذلك لاستمر عمل الخلفاء بعده على حمى ذلك الموضع وقد تقدم أن الصديق رضى الله عنه حمى الربذة وكذلك عمر رضى الله عنه فتأمله والله أعلم ص ﴿وان مسلما ان قرب﴾ ش ظاهره ان الذمى يحمى فى القريب باذن الامام وهذا ليس بمنصوص للمتقدمين قال ابن عبد السلام لكن ركن اليه الباجى وفى المسئلة قول

وان مسلما ان قرب) ابن رشد المشهور فى القرب الذى لا ضرر فى احيائه على أحد لا يجوز الا باذن الامام انظر حكم الذمى عند قوله ولو ذميا (والا فللامام امضاؤه

ثان لابن القصار قال للامام أن يأذن لاهل الذمة فى الموات قال فى التوضيح ولم يفرق بين قريب ولابعيد وفيها قول ثالث قال ابن عبد السلام وهو المنصوص للمتقدمين ابن عرفة وهو المشهور ان حكمهم فى البعيد حكم المسلمين والقريب ليس لهم أن يحموه ولو أذن الامام والقريب هو حريم العمارة مما يلحقونه غدوا ورواحا قاله فى التوضيح وقاله فى الجواهر ونصه وأما البعيد فلا يفتقر الى اذن الامام فيه وهو ما كان خارجا عما يحتاجه أهل العمران من محتطب ومرعى مما العادة ان الرعاء يصلون اليه ثم يعودون الى منازلهم فيبيتون بها ويحتطب المحتطب ثم يعود الى منزله انتهى وقال ابن رشد فى رسم الدور من سماع يحيى فى كتاب السداد والانهار وحد البعيد من العمران الذى يكون لمن أحياه دون اذن الامام ما لم ينته اليه مسرح العمران واحتطاب المحتطبين اذا رجعوا الى المبيت فى مواضعهم من العمران انتهى (تنبيه) يعترض على المؤلف بما اعترض به على ابن الحاجب لان المؤلف قد قدم أن القرب من وجوه الاختصاص فلا يكون القريب مواتا اذ الموات ما انفك عن الاختصاص فلا يتصور فى القريب احياء لان الاحياء انما يكون فى الموات والظاهر ان مراد المؤلف ان حريم العمارة مانع من الاحياء بغير اذن الامام ثم ينظر فيه أى فى حريم العمارة فان كان فيه ضرر فلا يجوز احياؤه ولا يبيحه الامام وما لم يكن فيه ضرر فانه يجوز احياؤه باذن الامام ويكون الموات على ثلاثة أقسام كما قال ابن رشد فى رسم الدور من سماع يحيى من كتاب السداد والانهار ونصه الموات الذى يستحقه الناس بالاحياء لقول النبى صلى الله عليه وسلم من أحيا أرضا ميتة فهى له هى الارض التى لا نبات فيها قال ذلك مالك رحمه الله فى رواية ابن غانم عنه بدليل قوله تعالى وأنزلنا من السماء ماء فأحيينا به الارض بعد موتها فلا يصح الاحياء الا فى البوار ثم قال وحكم احياء الموات يختلف باختلاف مواضعه وهى على ثلاثة أوجه بعيد من العمران وقريب منه لا ضرر على أحد فى احيائه وقريب منه فى احيائه ضرر على من يختص بالانتفاع به فاما البعيد من العمران فلا يحتاج فى احيائه الى استئذان الامام الا على طريق الاستحباب على ما حكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأما القريب منه الذى لا ضرر فى احيائه على أحد فلا يجوز احياؤه الا باذن الامام على المشهور فى المذهب وقيل ان استئذان الامام فى ذلك مستحب وليس بواجب واختلف ان وقع باذنه على القول بانه لا يجوز الا باذنه فقيل يمضى مراعاة للخلاف وهو قول المغيرة وأصبغ وأشهب وقيل انه يخرج منه ويكون له قيمة بنيانه منقوضا وهو القياس ولو قيل انه يكون له قيمته قائما للشبهة فى ذلك لكان له وجه وأما القريب منه الذى فى احيائه ضرر كالافنية التى يكون أخذ شئ منها ضررا بالطريق وشبه ذلك فلا يجوز احياؤه بحال ولا يبيحه الامام انتهى وقد تقدم عنه وقال فى الرسم الذى قبله ما نصه على ما اختصره ابن عرفة قال ابن حبيب الشعارى المجاورة للقرى والمتوسطة بينها لا يقطع الامام منها شيأ لانها ليست كالعفاء من الارض التى لعامة المسلمين انما هى حق من حقوقهم كالساحة للدور وانما العفاء ما بعد وتعقب الفضل قوله فقال وأين يقطع الامام الا فيما قرب من العمران وهو لا يلزم لانه انما أراد الشعارى القريبة من القرى جدا لان اقطاعها ضرر بهم فى قطع مرافقهم منها التى كانوا يختصون بها لقربهم على ما سنذكره فى رسم الدور انتهى والذى فى رسم الدور وهو ما تقدم والشعارى هى الشجر المختلط أو الأرض ذات الشجر كذا فسرها أهل اللغة فعلى هذا انما يمتنع من احياء القريب الذى فى احيائه ضرر وأما ما لا ضرر فى احيائه فلا يمتنع من ذلك ولو كان قريبا الا انه لا يجوز احياؤه

أوجعله متعديا) الباجى اذا قلنا لا يحيى ما قرب من العمران الا باذن الامام فاحياه بغير اذنه فقال مالك ومطرف وابن الماجشون
ينظر فيه الامام فان رأى انفاذه فعل والا أزاله وأعطاه غيره أو باعه للمسلمين وقاله ابن القاسم ورواه عن مالك (بخلاف البعيد)
ابن عرفة الاحياء فى بعيد الموات فى افتقاره لاذن الامام طريقان * اللخمى وابن رشد لا يفتقر (ولو ذميا بغير جزيرة العرب)
الباجى ان أحيا ذمى فقال ابن القاسم هى له الا أن يكون ذلك فى جزيرة العرب وانما يحيى الذمى ذلك فيما بعد وأما ما قرب من
العمران فيخرج عنه ويعطى قيمة ما عمر لان ما قرب بمنزلة الفىء ولا حق للذمى فى الفىء وكذلك فى جزيرة العرب مكة والمدينة
والحجاز كله والنجود واليمن قاله مطرف وابن الماجشون وفيه نظر ولو قيل ان حكمهم فى ذلك حكم المسلمين لم يبعد كما كان لهم
ذلك فيما بعد راجع المنتقى (والاحياء بتفجير ماء وباخراجه وبيناء وبغرس وبحرث وتحريك أرض وبقطع شجر
وبكسر حجرها وتسويتها)
الباجى أما صفة الاحياء
فقال مالك احياء الارض
أن يحفر فيها بئرا أو يجرى
عينا أو يغرس شجرا أو
يبنى أو يحرث ما فعل من
ذلك فهو احياء وقاله ابن
القاسم وأشهب * عياض
اتفق على سبعة تفجير الماء
واخراجه عن غامرها به
والبناء والغرس والحرث
ومثله تحريك الارض
بالحفر وقطع شجرها
وسابعها كسر حجرها
وتسويه حفرها وتعديل
أرضها (لا بتحويط) قال
ابن القاسم ليس التحجير
احياء قال أشهب فمن
حجر أرضا مواتا بعيدة
فلا يكون أولى بها حتى
يعلم انه حجرها ليعمل
فيها الى أيام يسيرة لا يمكنه العمل لبس الارض واخلاء الاجراء ونحوه فاما من حجر ما لا يقوى عليه فله منه ما عمر (ورعى كلا)
قال ابن القاسم وأشهب لا يكون الرعى احياء * الباجى وجهه انه ليس له أثر باق فى الارض (وحفر بئر ماشية) الباجى ليس
حفر بئر الماشية احياء قاله ابن القاسم (وجاز بمسجد سكنى لرجل تجرد للعبادة) ابن شاس لا ينبغى أن يتخذ المسجد مسكنا الا رجل
تجرد للعبادة فيه بقيام الليل واحيائه فلا بأس أن يكون ذلك منه فيه دائما دهره ان قوى على ذلك (وعقد نكاح) تقدم فى
الاعتكاف للمعتكف أن ينكح بمجلسه (وقضاء دين) سمع ابن القاسم خفة كتب ذكر الحق بالمسجد ما لم يطل وجواز قضاء
الحق على غير وجه التجر والصرف (وقتل عقرب) سمع ابن القاسم كراهة قتل القملة أو دفنها فى المسجد * ابن رشد وقتل
البرغوث أخف عنده * اللخمى البرغوث من دواب الارض لا بأس بطرحه به وتقتل بالمسجد العقرب والفارة (ونوم بقائلة) ابن
شاس خفف فى القائلة النوم فى المسجد نهار المقيم والمسافر (وتضيف بمسجد بادية) سمع ابن القاسم يجوز تعليق الاقتاب بكل

الا باذن الامام على المشهور والله أعلم (فرع) قال فى المدخل لا يجوز لأحد البناء على
شاطئ النهر للسكنى ولا لغيرها الا القناطر المحتاج اليها انتهى ص ﴿ وافتقر لاذن ﴾ ش أى
وافتقر احياء الموات لاذن الامام (فرع) قال ابن رشد فى كتاب السداد والانهار فى شرح المسئلة
الثالثة من سماع أشهب وليس للعامل أن يقطع شيأ من الموات الا باذن الامام انتهى ص ﴿ أوجعله
متعديا ﴾ ش قال ابن عبد السلام فاذا فرعنا على القول الاول وهو المشهور من أن القريب الذى
لا ضرر فيه يفتقر الى اذن الامام فاذا أحياه أحد من غير استئذان تعقب الامام ما فعله هذا فان رأى
امضاءه أمضاه وان لم ير ذلك أخذه منه وأعطاه قيمة ما صنعه منقوضا ان رده لبيت المال وان شاء كلفه
بهدمه وان شاء أقطعه لغيره فكان لذلك الذى أقطعه اياه الامام أن يأمر هذا بما كان الامام يأمره به
وهذا هو الذى أجمله المؤلف يعنى ابن الحاجب بقوله أوجعله متعديا انتهى كلام ابن عبد السلام
ومثله يقال على كلام المؤلف وقال فى التوضيح المشهور ما قاله المؤلف يعنى ابن الحاجب وهو قول
مالك وابن القاسم أن للامام امضاءه أوجعله متعديا فيعطى قيمة بنائه مقلوعا ورأى اللخمى انه يعطى
قيمته قائما للشبهة اللخمى قال مطرف وابن الماجشون الامام مخير بين أربعة أوجه ان رأى أن يقره
له أو للمسلمين أو يعطيه قيمته منقوضا أو يأمره بقلعه أو يقطعه لغيره ويكون للاول قيمته منقوضا
ابن رشد وهو القياس وقال فى موضع آخر وهو معنى ما فى المدونة انتهى وظاهر كلام التوضيح
أن كلام مطرف وابن الماجشون خلاف المشهور والظاهر انه تفسير لقول مالك كما قال ابن
عبد السلام وكما يظهر من قول ابن رشد والله أعلم (تنبيه) لا ينبغى أن يفهم من قول المصنف وابن
الحاجب أوجعله متعديا انه يرجع عليه بالغلة بل ظاهر نصوصهم انه لا يرجع عليه بالغلة بل تقدم فى
كلام التوضيح ان اللخمى رأى أن تكون له قيمة البناء قائما للشبهة ونقل ابن عرفة عن ابن رشد
أنه قال له قيمته منقوضا قال ولو قيل قائما للشبهة لكان له وجه انتهى ص ﴿ وقضاء دين ﴾ ش

مسجد لضيافة من أتى يريد الاسلام قال ابن القاسم ولم ير مالك بأسا بأ كل الرطب التى تجعل فى المساجد * ابن رشد فى هذا مايدل على أن الغرباء الذين لايجدون مأوى يجوز لهم أن يأووا الى المساجد ويبيتوا فيها ويأ كلوا فيها ما أشبه التمر من الطعام الجاف وقد خفف مالك أيضا للضيفان المبيت والأ كل فى مساجد القرى بمعنى أن البانى لها للصلاة فيها يعلم أن الضيفان يبيتون فيها لضرورتهم الى ذلك فصار كأنه قد بناها لذلك وان كان أصل بنائه لها انما هو للصلاة فيها لا لما سوى ذلك من مبيت الضيفان وكذلك يجوز لمن لم يكن له منزل أن يبيت فى المسجد (واناء لبول ان خاف سبعا) * ابن عرفة فتوى ابن رشد بسعة ادخال من لاغنى له عن مبيته بالمسجد من سدنتها لحراستها ومن اضطر للمبيت بها من شيخ ضعيف وزمن ومريض ورجل لا يستطيع الخروج ليلا للمطر والريح والظلمة ظروفا بها للبول نظر لان مايحرس بها اتخاذه بها غير واجب وصونها عن ظروف البول واجب ولا يدخل فى نفل بمعصية روى الخطابى جواز دخول الجنب المسجد عابرا وأجازه ابن مسلمة فألزمه اللخمى الحائض * عياض بينهما فرق للدم * ابن عرفة لعل ابن مسلمة يجيزه مستورا دمه بعضه * ذكر اللخمى عن أحد نقلى ماليس فى المختصر (كمنزل تحته ومنع عكسه) من المدونة قال مالك من بنى مسجدا وبنى فوقها بيتا فلا يعجبنى ذلك لانه يصير مسكنا يجامع فيه ويأ كل قال مالك وجائز أن يكون البيت تحت المسجد ويورث البنيان التى تحت المسجد ولا يورث المسجد اذا كان صاحبه قد أباحه للناس (كاخراج ريح) * ابن رشد لا يجوز بالمسجد احداث الريح (ومكث بنجس)

يعنى أنه يجوز قضاء الدين فى المسجد لانه معروف بخلاف البيع والصرف قال الطرطوشى فى كتاب البدع أراد بالقضاء المعتاد الذى فيه يسير العمل وقليل العين وأما لو كان قضاء بمال جسيم يحتاج المؤنة والوزن والانتقاد ويكثر فيه العمل فانه مكروه (فرع) قال فى أواخر كتاب الجامع من الذخيرة قال مالك وينهى السؤال عن السؤال فى المسجد والصدقة فى المسجد غير محرمة انتهى وقال ابن ناجى فى شرح قول الرسالة ويكره العمل فى المساجد الى آخره ينبغى أن تنزه المساجد عن البيع والشراء واستخف فى البيان قضاء الدين وكتب الحق فيه مالم يطل وانشاد الضالة وعمل الصناعة والسؤال قال ابن عبد الحكم فى النوادر من سأل فلا يعطى وأمر بحرمانهم وردهم خائبين قال التادلى كان الشيخ أبو عبد الله محمد بن عمران يغلظ عليهم فى النهى وربما أمر باخراجهم الى السجن وكان بعض الشيوخ على العكس منه فيرفق بهم ويسأل عن أحوالهم ويتصدق عليهم فالاول تصرف بالشرع والثانى بعين الحقيقة انتهى وقال فى الا كمال لما تكلم على قوله صلى الله عليه وسلم انما بنيت المساجد لما بنيت له قال بعض شيوخنا انما يمنع فى المساجد من عمل الصناعات ما يختص بمنفعة آحاد الناس مما يتكسب به فلا يتخذ المسجد متجرا فأما ان كانت لما يشمل المسلمين فى دينهم مثل المثاقفة واصلاح آلات الجهاد مما لا مهنة فى عمله للمسجد فلا بأس به انتهى (فرع) قال فى الذخيرة ويجعل الماء العذب فى المساجد وكان فى مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم انتهى ص ﴿ واناء لبول ان خاف سبعا ﴾ ش قال ابن العربى وكذلك الغريب اذا لم يجد أين يدخل دابته فانه يدخلها فى المسجد اذا خاف عليها من اللصوص انتهى ص ﴿ ومنع عكسه ﴾ ش تقدم الكلام على هذه المسئلة فى باب الاجارة عند قول المصنف وسكنى فوقه بما فيه كفاية (فرع) قال ابن رشد فى رسم نذر سنة من سماع ابن القاسم من كتاب الجامع لا خلاف أن لظاهر المسجد من الحرمة ما للمسجد ولا يورث المسجد ولا البنيان الذى فوقه ويورث البنيان الذى تحته وانما اختلف فى صلاة الجمعة عليه هل تكره ابتداء وتصح ان فعلت أو لا تصح ويعيد أبدا والله أعلم ص ﴿ كاخراج ريح ﴾ ش عده المصنف فى المحرمات وقال ابن العربى فى عارضته فى باب تطييب المساجد فى شرح قول عائشة أمر عليه الصلاة والسلام ببناء المساجد وان تنظف وتطيب ونظافتها أن لا تبقى فيها قمامة من الخرق والقذى والعيدان وليس من ذلك الحدث يكون فيه من ريح أو صوت ولا يناقض تنظيفه تعليق قنو فيه من تمر يأ كله المساكين ولا أ كل ما فيه اذا وضع لقاطة أو سقاطة ما يأ كل فى حجره أو كمه انتهى وقال فى باب المشى الى المسجد وانتظار الصلاة فيه فى شرح قوله صلى الله عليه وسلم لا تزال الملائكة تصلى على أحدكم ما دام فى المسجد اللهم اغفر له اللهم ارحمه مالم يحدث قال رجل من حضرموت لأبى هريرة ما الحدث قال فساء أو ضراط فيه دليل على جواز ارسالها فى المسجد كما يرسله فى بيته اذا احتاج الى ذلك وان المسجد انما ينزه عن نجاسة عينية انتهى ص ﴿ ومكث بنجس ﴾ ش هذا الذى صدر به ابن شعبان قال فى التوضيح قال فى

* ابن عرفة فى خروج من رأى بثوبه كثير دم ساتر نجاسته ببعضه نقلا اللخمى عن ابن شعبان وغيره * ابن القاسم لا بأس بوضوء طاهر بصحن المسجد * ابن رشد قول سحنون لا يجوز أحسن لما يسقط من غسالة الاعضاء وقد كره مالك الوضوء بالمسجد وان جعله فى طست عياض قرأ لقمان بن يوسف على أصحاب سحنون وكان حافظا المذهب مالك مفتيا ثقة صالحا غسل رجليه فى يوم مطر بجامع تونس فأنكر انسان عليه فقال لقمان عطاء بن أبى رباح يتوضأ فى المسجد الحرام وهذا يمنعنى أن أغسل رجلى فى جامع تونس وروى الشيخ يكره السواك فى المسجد وقال فى المدونة ولا يأخذ المعتكف بالمسجد من شعره وأظفاره وان جمعه وألقاه (وكره أن يبصق بأرضه ويحكه) من المدوّنة قال مالك لا يبصق احد بحصير المسجد أو فى الصلاة ويدلك برجله ولا بأس أن يبصق تحت الحصير قال ابن القاسم وكذلك ان كان المسجد غير محصب فلا يبصق تحت قدمه ويحكه برجله بمنزلة الحصير قال مالك وان كان المسجد محصبا فلا بأس أن يبصق بين يديه وعن يساره وتحت قدمه ويدفنه ويكره أن يبصق أمامه فى حائط القبلة قال وان كان عن يمينه رجل وعن يساره رجل فى الصلاة بصق أمامه ودفنه وان كان لا يقدر على دفنه فلا يبصق فى المسجد بحال كان مع الناس أو وحده لقوله صلى الله عليه وسلم اذا صلى أحدكم فلا يبصق فى القبلة بين يديه ولا عن يمينه ولكن عن شماله

فان لم يجد فليبصق فى ثوبه وقال صلى الله عليه وسلم ان أحدكم اذا قام يصلى فانما يناجى ربه وان ربه بينه وبين قبلته فليبصق اذا بصق عن يساره أو تحت قدمه أبو عمر فى هذا الحديث دليل على أن للمصلى أن يبصق وهو فى الصلاة اذا لم يبصق قبل وجهه ولا عن يمينه (وتعليم صبى) ابن عرفة أما تعليم الصبيان فى المسجد فروى ابن القاسم ان بلغ الصبى مبلغ الادب فلا بأس أن يؤتى به المسجد وان كان صغيرا لا يقر فيه ويعبث فلا أحب ذلك وروى سحنون لا يجوز تعليمهم فيه لانهم لا يتحفظون من النجاسة (وبيع وشراء) أبو عمر قال صلى الله عليه وسلم اذا رأيتم الرجل يبيع ويشترى فى المسجد فقولوا لا أربح الله تجارتك واذا رأيتم الرجل ينشد ضالة فى المسجد فقولوا لا ردها الله عليك وقال ابن القاسم عن مالك لا بأس أن يقضى الرجل الرجل فى المسجد ذهبا * الباجى لعله يريد قضاء اليسير وفى المبسوط قال مالك لا أحب لاحد أن يظهر سلعته بالمسجد للبيع فاما أن يساوم رجلا بثوب عليه أو سلعة تقدمت رؤيته لها فيراجيه البيع فيها فلا بأس به * قال مالك وينهى المساكين عن السؤال فى المسجد قال ابن عبد الحكم واذا سألوا فلا يعطوا شيأ (وسل سيف) * ابن رشد ولا تسل بالمسجد سيوف روى ابن حبيب لا تمر بالمسجد بلحم ولا تنفذ فيه النبل ولا تمنع فيه القائلة * ابن حبيب يريد تنفيذ النبل اذا ردتها على الظفر فيعلم مستقيمها من معوجها * ابن حبيب وانا لنكره الفوارة التى اتخذت فى مسجدنا بقرطبة كراهة شديدة (وانشاد ضالة وهتف بميت) أنظر فى الجنائز عند قوله ونداء به بمسجد (ورفع صوت) قال ابن مسلمة رفع الصوت ممنوع فى المساجد الا ما لا بد منه كالجهر بالقراءة فى الصلاة والخطبة والخصومة تكون من الجماعة عند السلطان فلا بأس به ولا بد له من مثل هذا وهذا انما يكون فى القراءة على وجه كالامام يجهر بالقراءة أو التنفل بالليل وحده

مختصر ما ليس فى المختصر ويجب على من رأى فى ثوبه دما كثيرا فى الصلاة أن يخرج من المسجد ولا يخلعه فيه قال وقد قيل يخلعه ويتركه بين يديه ويغطى الدم انتهى وقال القلشانى فى شرح الرسالة من رأى بثوبه كثير دم فقال ابن شعبان يخرج من المسجد ولو كان فى صلاة وقال غيره ينزعه ويتركه بين يديه ساترا نجاسته ببعضه وقال القلشانى قلت وعليهما الخلاف فى ادخال النعل الذى لحقته نجاسة فى محفظة أو ملفوفة فى خرقة كثيفة انتهى وقال الاقفهسى قال الجزولى ودخول المسجد بالثوب النجس مكروه وكذلك نعليه اذا كان فيهما نجاسة فلا يدخلهما المسجد حتى يحكهما ولا يغسلهما فان ذلك يفسدهما انتهى فاذكره من الكراهة مخالف لما مشى عليه المصنف وأما ماذكره فظاهر ولا ينبغى أن يكون خلافا والله أعلم ص ﴿ وبيع ﴾ ش أى يكره البيع فى المسجد وفى جامع الذخيرة وجوز مالك أن يساوم رجلا ثوبا عليه أو سلعة تقدمت رؤيتها انتهى وقال الجزولى فى شرح الرسالة ولا يجوز البيع فى المسجد ولا الشراء واختلف اذا رأى سلعة خارج المسجد هل يجوز أن يعقد البيع فى المسجد أم لا قولان من غير سمسار وأما البيع بالسمسار فيه فممنوع باتفاق فان وقع البيع فى المسجد فقال ابن بطال الاجماع على أنه لا يفسخ وانه ماض انتهى من باب السلام والاستئذان وانظره فى الاعتكاف وقال الشيخ يوسف بن عمر وان حضرت السلعة والسوام فذلك حرام انتهى أوله بالمعنى ص ﴿ وانشاد ضالة ﴾ ش قال الطرطوشى فى كتاب البدع ولو لم يرفع بذلك صوته ولكن يسئل عن ذلك جلساءه غير رافع صوته فلا بأس بذلك لانه

وأماجهر بعضهم على بعض بالقراءة فممنوع (كرفعه بعلم) قال ابن القاسم رأيت مالكا يعيب على أصحابه رفع
أصواتهم في المسجد * ابن حبيب يكره رفع الصوت بالمسجد والهتف بالجنائز به وكل ما يرفع فيه الصوت حتى بالعلم فقد كنت أرى بالمدينة رسول أميرها يقف بابن الماجشون في مجلسه اذا استعلى كلامه وكلام أهل المجلس في العلم فيقول أبا مروان اخفض من صوتك وأمر جلساءك يخفضون أصواتهم (و وقيد نار) ابن وهب لا توقد نار بمسجد (ودخول كخيل لنقل) * ابن عرفة روى الشيخ أكره ادخال المسجد الخيل والبغال لنقل ما يحتاج الى مصالحه ولينقل على الابل والبقر وفي سماع أشهب ان مالكا وسع في دخول النصارى المسجد ليبنوا به قال وليدخلوا من الجهة التي تلي عملهم (وفرش أو متكأ) روى ابن حبيب عن مالك لا بأس أن يتوقى برد الارض والحصب بالحصر والمصليات في المساجد وكره أن يجلس فيها على فراش أو يتكئ على وساد * الباجي يريد لأن ذلك ينافي التواضع المشروع في المساجد

من جنس المحادثة وذلك غير ممنوع انتهى يريد غير مكروه كما يفهم من كلامه (فرع) قال القرطبي في شرح مسلم في قوله ان عمر مر بحسان ينشد الشعر في المسجد فلحظ اليه قال أي أومأ اليه بعينه أن اسكت وهذا يدل على ان عمر كان يكره انشاد الشعر في المسجد وكان قد بنى رحبة في خارج المسجد وقال من أراد أن يلغط أو ينشد شعرا فليخرج الى هذه الرحبة وقد اختلف في ذلك فمن مانع مطلقا ومن مجيز مطلقا والاولى التفصيل فما كان يقتضي الثناء على الله تعالى أو على رسوله أو الذب عنهما كما كان شعر حسان أو يتضمن الحث على الخير فهو حسن في المساجد وغيرها وما لم يكن كذلك لم يجز لان الشعر لا يخلو في الغالب عن الكذب والفواحش والتزيين بالباطل ولو سلم من ذلك فأقل ما فيه اللغو والهذر والمساجد منزهة عن ذلك لقوله تعالى في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه ولقوله عليه السلام ان هذه المساجد لا يصلح فيها شئ من كلام الناس انما هي للذكر والصلاة وقراءة القرآن انتهى (فرع) قال الطرطوشي في الكتاب المذكور ولم أر لمالك شيأ في كتابة المصاحف في المساجد قال وأما الرجل المتقي الذي يصون المسجد ويكتب المصاحف فظاهره الجواز انتهى (فرع) وأما الوضوء في المسجد فقال الفاكهاني في شرح الرسالة في قوله ويكره العمل في المساجد من خياطة ونحوها حكى الباجي في الوضوء في صحن المسجد قولين والقولان في الواضحة أيضا قال ابن بشير رأيت بعض أشياخي توضأ في المسجد وأظنه بلع المضمضة والاستنشاق أو كلاما هذا معناه انتهى وقال في آخر سماع موسى من كتاب الطهارة سئل ابن القاسم في الذي يتوضأ في صحن المسجد وضوأ طاهرا فقال لا بأس بذلك وتركه أحب الي وسئل عنها سحنون فقال لا يجوز قال ابن رشد لا وجه للتخفيف في ذلك وقول سحنون لا يجوز أحسن لقوله تعالى في بيوت أذن الله أن ترفع فواجب أن ترفع وتنزه عن أن يتوضأ فيها لما يسقط فيها من غسل الاعضاء من أوساخ ولتمضمضه فيه أيضا وقد يحتاج الى الصلاة في ذلك الموضع فيتأذى المصلي بالماء المهراق فيه وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اجعلوا مطاهركم على أبواب مساجدكم ولقد كره مالك أن يتوضأ رجل في المسجد وأن يسقط وضوءه في طست وذكر ان هشاما فعله فأنكر الناس ذلك عليه ونقله ابن عرفة في كتاب الصلاة * وقال ابن ناجي في شرح الرسالة في هذا المحل قال الباجي واختلف أصحابنا في الوضوء فأجازه ابن القاسم في صحنه في رواية موسى بن معاوية وكرهه سحنون لما في ذلك من مج الريق في المسجد قال الباجي ورحاب المسجد كالمسجد في التنزيه انتهى قال في المدخل في الكلام على الامام والبدع المحدثة في المسجد لما تكلم على الخلاوي المبنية على سطح المسجد وقد منع علماؤنا الوضوء في المسجد ومن كان ساكنا في سطوحه فانه يتوضأ فيه وذلك ممنوع كما لو توضأ داخل المسجد لان حرمة سطحه كحرمته واختلف في الخطيب اذا أحدث أثناء خطبته أو بعد فراغه هل يجوز له أن يتوضأ في المسجد فروى ابن القاسم أنه لا بأس أن يتوضأ في المسجد في صحنه وضوأ طاهرا وكرهه مالك وان كان في طست ومن يتوضأ في سطحه أو في البيوت التي فيه انما يتوضأ في داخل المسجد وذلك ممنوع انتهى وظاهره أنه حرام لا يجوز وان الخلاف انما هو في الخطيب فانظره مع ما تقدم قال الزركشي من الشافعية في أحكام المساجد الثامن قال ابن المنذر أباح كل من يحفظ عنه العلم الوضوء في المسجد أن لا يتوضأ في مكان يتأذى الناس به فانه مكروه ويشترط أن لا يحصل تمخط بالاستنشاق ولا بصاق بالمضمضة ونحو ذلك من التنخم والافينتهي الى التحريم وحكى المازري

(ولذى ماجل وبئر ومرسال مطر كماء يملكه منعه وبيعه الامن خيف عليه ولا ثمن معه) ابن رشد ما كان من الماء بأرض متملكة وسواء كانت مستنبطة مثل بئر يحفرها أو عين يستخرجها أو مواجل يتخذها أو غير مستنبطة مثل عين فى أرضه لم يستخرجها أو غدير وما أشبه ذلك هو أحق به و يحل له بيعه ومنع الناس منه الا بثمن الا أن يرد عليه قوم لا ثمن معهم و يخاف عليهم الهلاك ان منعهم و يحق عليه أن لا يمنعهم فان منعهم كان عليهم مجاهدته هذا قوله فى المدونة لانه لم يحمل نهيه عليه السلام عن منع نفع البئر على عمومه بل تأوله على ما تقدم لانه يستحب له أن لا يمنع الشرب من العين أو الغدير يكون فى أرضه من أحد من الناس من غير حكم يحكم به عليه وله فى واجب الحكم أن يمنع ماءه اذا شاء و يبيحه اذا شاء * ابن عرفة والماء فى آنية لربه يختص به ويتعلق به حكم المؤاساة (والأرجح بالثمن كفضل بئر زرع خيف على زرع جاره بهدم بئره) من المدونة اذا حرث جارك على غير أصل ماء فلك منعه أن يسقى أرضه بفضل ماء بئرك الذى فى أرضه الا بثمن ان شئت وأما ان حرث ولأرضه بئر فانهارت نخاف على زرعه فانه يقضى له عليك بفضل ماء بئرك بغير ثمن وان لم يكن فى مائه فضل فلا شئ له و روى عن مالك انه يرجع عليه بالثمن * ابن يونس واجب على كل من خاف على مسلم الموت ان يحييه بما قدر عليه فيجب على أصحاب الماء بيعه من المسافر بما يسوى ولا يشتطوا عليهم فى ثمنه ولم ير فى المدونة ان يأخذوه بغير ثمن وقال فى الذى انهارت بئره انه يسقى بماء جاره بغير ثمن واحياء نفسه أعظم من احياء زرعه والاولى فى كلا الامرين ان يأخذ ذلك بالثمن كما لو مات جمله فى الصحراء لكان على بقية الرفقة ان يكر وامنه وان كان المسافر ون لا ثمن معهم وجب مواساتهم للخوف عليهم ولا يتبعوا بالثمن وان كان لهم أموال ببلدهم لأنهم اليوم أبناء سبيل يجوز لهم أخذ الزكاة لوجوب مواساتهم (وأخذ يصلح) * عبد الوهاب ان ترك التشاغل باصلاح بئره اتكالا على بئر جاره لم يلزم جاره بذل الماء له لأنه كمن زرع ابتداء على غير ماء (وأجبر عليه) تقدم نص ابن رشد ان منعهم كان عليهم مجاهدته وتقدم نص المدونة فانه يقضى عليك بفضل ماء بئرك (كفضل بئر ماشية) من المدونة قال ابن القاسم من حفر فى غير ملكه بئر الماشية أو شبهها فلا يمنع فضلها من أحد وان منعها حل قتاله وغرم ديه من منعه ومات عطشا (بصحراء هدرا ان لم يبين الملكية) سمع القرينان لا تباع مياه المواشى ولا تمنع من أحد ولا يصلح فيها اعطاء * ابن رشد مياه المواشى هى الآبار والمواجل والجباب يصنعها الرجل فى البرارى للماشية هو أحق بما يحتاج لماشيته و يدع الفضل للناس والبئر والماجل والجب عند مالك سواء فلو أشهد عند حفرها انه يحفرها لنفسه لم يمنع من بيع مائها واستخفها مالك بالاحياء (و بدئ بمسافر) * ابن رشد وجه التبدئة بالشرب فى ماء بئر الماشية اذا كان الماء يقوم بالجميع ان يبدأ أولا أهل الماء فيأخذوا الأنفسهم حتى يرووا ثم دواب المارة حتى يرووا ثم دواب أهل الماء حتى يرووا ثم مواشى أهل الماء حتى يرووا ثم الفضل لسائر مواشى الناس (وله عارية آلة) * ابن عرفة لابن السبيل عارية الدلو والرشا والحوض وان لم تكن أداة تعينه و يخلى بينه و بين الركية فيسقى * ابن عبد السلام ظاهر اطلاقات أهل المذهب وجوب عارية هذه الآلة للملىء والفقير ولعل هذا لان مالكها لم يتخذها للكراء * ابن عرفة مقتضاه لو اتخذها مالكها للكراء لم تجب عليه عاريتها للمسافر ومقتضى الروايات خلافه (ثم حاضر ثم دابة ربها بجميع الرى) تقدم نص ابن رشد بهذا (والا فنفس المجهود) * ابن رشد وان لم يكن الماء يقوم بالجميع وتبدئة أحدهم تجهد الآخرين بدئ بمن الجهد عليه أكثر من تبدئة صاحبه فان استووا فى الجهد فقيل يتساوون وقيل يبدأ أهل الماء بأنفسهم ودوابهم راجع المقدمات

عن بعضهم الجواز مع ذلك لان البصاق اذا خالطه الماء صار فى حكم المستهلك فكان كما تقدم وهو يقتضى انه مع بقاء العين يحرم ولا شك فيه قال و ينبغى أن يبلع الماء الذى يتمضمض به للخلاص من ذلك وتحصل به سنة المضمضة ثم قال وحكى عن مالك كراهته تنزيها للمسجد انظر بقية كلامه ص ﴿ولذى ماجل وبئر﴾ ش نبه بقوله ماجل وبئر على أنه لا فرق بين ما ينقص بالاغتراف ولا يخلفه غيره كالماجل أو يخلفه غيره كالبئر ص ﴿بهدم بئر﴾ ش هو متعلق بقوله خيف فيفهم منه انه زرع على ماء وانه لو زرع على غير أصل لم يجب على جاره دفع فضل مائه له وهو كذلك قال فى المدونة فى كتاب حريم الآبار ولو حرث جارك على غير أصل ماء له فلك منعه ان يسقى بفضل ماء بئرك التى فى أرضك الا بثمن ان شئت أبو الحسن قالوا هذا اذا كان له ثمن ابن يونس أما اذا كان لا ثمن له ولا ينتفع صاحبه بفضله فالذى يمنع الجار ان يبتدئ الزرع عليه وذكره أبو اسحق انتهى وقال ابن رشد فى شرح آخر مسئلة من نوازل عيسى من كتاب السداد والانهار من حق من قرب من المياه أن ينتفع بما فضل منها دون ثمن ان لم يجد له صاحبه ثمنا باتفاق وان وجد فعلى

(وان سال مطر بمباح سقى الاعلى ان تقدم للكعب) روى مالك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى سيل مهروز ومذينيب يمسك الأعلى الى الكعبين ثم يرسل الاعلى على الاسفل أبو عمر هما واديان بالمدينة يسيلان بالمطر يتنافس أهل المدينة فى سيلهما * ابن رشد وهذا الحكم فى كل ماء غير متملك يجرى على قوم الى قوم دونهم ان من دخل الماء أرضه أولا فهو أحق بالسقى به حتى يبلغ الماء فى أرضه الى الكعبين واختلف اذا بلغ الماء الى الكعبين هل يرسل جميع الماء الى الاسفل أولا يرسل عليه الا ما زاد على الكعبين فقال مطرف وابن الماجشون وابن وهب يرسل على الاسفل ما زاد على الكعبين وقال ابن القاسم بل يرسل جميع الماء ولا يحبس منه شئ والأول أظهر وقال الباجى ما لا يملك كالسيول والأمطار ان كان طريقه فى أرض لا تملك كشعاب الجبال وبطون الاودية مثل مهروز ومذينيب يأتى حتى يحاذى مجرى الماء فى جانبيه أو أحدهما مزارع وحدائق يسقون بها فحكمه أن يسقى به الأعلى فالاعلى وهذا اذا كان احياؤهم معا أو احياء الاعلى قبل وهو قول مالك وأصحابه وهذا حكم النيل فان أحيا رجل بماء سيل ثم أتى غيره فأحيا فوقه وأراد أن ينفرد بالماء ويسقى قبل الاسفل الذى أحيا قبله وذلك يبطل عمل الثانى ويتلف زرعه فقال سحنون القديم أولى بالماء وأما ان كان بدأ الماء فى أرض رجل معين فله أن يمنع ماءه ويحبسه فى أرضه * ولابن رشد فى نوازله انظر الماء الخارج من جبل شلير نص الاشياخ أن حكمه حكم مهروز ومذينيب ووقع لابن لب فى بعض فتاويه ان اتفاق من اتفق ممن درج على ما يخالف هذا الاصل لا يلزم من بعدهم ووقع له أيضا السواقى القديمة تتعلق بها حقوق المنتفعين بمائها وتصير الحقوق مملكة لهم بطول الحيازة فلا يسمح لقوم أن يرفعوا ساقيته فوق هذه الساقية اه وانظر ان كان هذا هو مقتضى قول سحنون القديم أولا (وأمر بالتسوية) الباجى فان كان بعض الحائط أعلا من بعض فقال سحنون يؤمر أن يعدل أرضه وليس له أن يحبس على أرضه كلها الى الكعبين (والا فكحائطين) الباجى فان تعذرت عليه التسوية سقى كل ما كان على حدته (وقسم للمتقابلين) سحنون فان كان الجنانان متقابلين فيما حكمه أن يكون للأعلى فالاعلى قسم الماء بينهما وان كان الاسفل مقابلا لبعض الاعلى حكم لما كان أعلى بحكم الاعلى ولما كان متقابلا بحكم المتقابل (كالنيل) تقدم نص ابن نافع بهذا (وان ملك أولا قسم بقلد أو غيره) الباجى أما ما يملك أصله كالعيون والآبار فقال سحنون يقتسمون ماءهم على قدر ملكهم بالقلد (وأقرع للتشاح فى السبق) الباجى ولا يقدم أحد على أحد ويأخذ كل أحد ماءه يصنع به ما شاء فان تشاحوا فى التبدئة استهموا على ذلك (ولا يمنع صيد سمك وان من مالك) من المدونة واذا كان غدير أو بركة أو بحيرة فى أرضك وفيها سمك فلا يمنع من يصيد فيها ممن ليس له فيها حق وقال سحنون له منع من يصيد فيها ابن يونس وهذا كاختلافهم فى المعدن يخرج فى أرضه فقال سحنون هو لرب الارض وقال ابن القاسم أمره للامام كالذى يوجد فى الفيافى فهذا على ذلك وقال أشهب ان طرحها هو فولدت فله منعها وان كان الغيث أجراها لم يمنع منها اه جميع ما نقل ابن يونس وعزا قول اللخمى وقول سحنون لمطرف وابن الماجشون وأخذ به اه (وهل فى أرض العنوة فقط أو الا أن يصيد المالك تأويلان) لم ينقل ابن عرفة وابن يونس الا ما تقدم (والكلا بفحص) عياض الكلا مقصور مهموز العشب وما تنبته الارض مما تأكل المواشى قال ابن رشد الكلا بأرض غير مملوكة الناس فيه سواء اتفاقا ليس لاحد منعه ولا بيعه فان جاء رجلان لكلا موضع كانا فيه أسوة (وعفا لم يكتنفه زرعه) ابن رشد ما بالارض المملوكة أقسام المحظرة بالحيطان كالحوائط والجنات ربها أحق بما بها من الكلا وله بيعه ومنعه ممن يرعى ويحتش وان لم يحتج اليه وأما العفاء والمسرح من أرض قريبة فليس له منع ما بها من كلا ولا يمنع أحدا من فضل حاجته اتفاقا الا أن يضره بدابة أو ماشية فى زرع يكون له حد اليه وأما الارض التى بورها للرعى وترك زراعتها لذلك فقول ابن القاسم صحة منعه غيره ان احتاج اليه أو وجد من يشتريه والا أجبر على تركه للناس وأما فحوص أرضه وفدادينه التى يبورها للرعى ففيها ثلاثة أقوال ابن يونس اختلف فى الارض التى لم يوقفها للكلا فروى ابن القاسم وأشهب انه لا يمنع ذلك وهو أحق به ان احتاج اليه وان لم يحتج اليه خلى بين الناس وبينه لانه شئ لم يزرعه وانما الله أنبته وأما اذا أوقف الارض للكلا فله منعه عند ابن القاسم ومطرف لانه قد منع منافعه من الارض وأوقفها لهذا (بخلاف مرجه وحماه) من المدونة لا بأس أن تبيع خصبا فى أرضك ممن يرعاه عامة وانما جوز مالك بيعه

اختلاف انتهى ص ﴿ وان سال مطر بمباح سقى الاعلى ﴾ ش تصوره ظاهر وسئلت عن أرض كانت تشرب بالسيل من قديم الزمان بغير تسبب للماء ثم يمر بعد شربها الى أرض أسفل منها ثم ان

السيول تكاثرت وعظمت فأحرجت مشربها وأحالت الماء من ممره القديم الى ممر آخر فصار يسقي السفلى وتعطلت العليا واندرس مشربها مدة سنين فأراد أهل العليا أن يعمروا مشربهم ويتسببوا الماء فنعهم أهل السفلى فهل لهم ذلك أم لا فأجبت أولا لأهل الارض العليا ان يعمروا مشربهم المندرس وليس لاهل السفلى منعهم من ذلك وليس لأهل الأرض العليا ان يسدوا المشرب الذي أحدثته السيول للماء قبل بلوغه الى أرضهم لان الماء غيث يسوقه الله الى من يشاء قال الله تعالى ولقد صرفناه بينهم ليذكروا يريد المطر فاذا صرفه الى قوم فلا ينبغي لأحد أن يقطعه عنه ثم حصل عندي توقف في ذلك لكون الارض التي تسقى أسفل من الارض الأخرى أما اذا كان المشرب الذي انفتح تشرب به أرض أعلا من أرض هؤلاء الذين يريدون سد المشرب المنفتح فليس لهم ذلك بلا توقف وقطعت السؤال الذي كتبت عليه الجواب أولا والله أعلم والمسئلة في سماع عيسى من كتاب السداد والانهار ونقله في النوادر ونقله ابن عرفة والله سبحانه أعلم

بعد ما ينبت قال عيسى عن ابن القاسم الخصب الذي يبيعه ويمنع الناس منه وان لم يحتج اليه مافي مروجه وجاه

﴿ كتاب الوقف ﴾

ابن شاس وفيه بابان * الأول في أركانه وهي الوقف والموقوف عليه والصيغة وشرطه * الباب الثاني في حكم الوقف الصحيح

ص ﴿ باب صح وقف مملوك ﴾

(صح وقف مملوك) ابن عرفة الوقف مصدرا اعطاء منفعة شئ مدة وجوده وهو اسما ما أعطيت منفعته مدة وجوده وقال شريح لا حبس على فرائض الله * ابن يونس يريد انه يورث قال مالك انما تكلم شريح ببلده ولم يرد المدينة فيرى احباس الصحابة وينبغي للمرء ان لا يتكلم فيما لم يحط به خبرا

ش قال ابن عرفة الوقف مصدرا اعطاء منفعة شئ مدة وجوده لازما بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديرا فتخرج عطية الذوات والعارية والعمرى والعبد المخدم حياته يموت قبل موت ربه لعدم لزوم بقائه في ملك معطيه لجواز بيعه برضاه مع معطاه وقول ابن عبد السلام اعطاء منافع على سبيل التأبيد يبطل طرده بالمخدم حياته ولا يرد بان جواز بيعه ممنوع اندراجه تحت التأبيد لان التأبيد انما هو في الاعطاء وهو صادق على المخدم المذكور لا في لزوم بقائه في ملك معطيه وهو اسما ما أعطيت منفعته مدة الى آخره وصرح الباجي ببقاء ملك المحبس على محبسه وهو لازم تزكية حوائط الاحباس على ملك محبسها وقول اللخمي آخر الشفعة الحبس يسقط ملك المحبس غلط انتهى ويخرج من حد ابن عرفة الحبس غير المؤبد وقد صرح بجوازه ابن الحاجب والمصنف ثم قال ابن عرفة وهو مندوب اليه لانه من الصدقة ويتعذر عروض وجوبه بخلاف الصدقة انتهى وقال في المقدمات والاحباس سنة قائمة عمل بها رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمون من بعده انتهى وقال في اللباب حكمه الجواز خلافا لأبي حنيفة وحقيقته لغة الحبس وشرعا حبس عين لمن يستوفي منافعها على التأبيد انتهى قال النووي وهو مما اختص به المسلمون قال الشافعي رضي الله عنه لم يحبس أهل الجاهلية فيما علمته دارا ولا أرضا تبررا بحبسها وانما حبس أهل الاسلام انتهى وقوله مملوك تصوره واضح واحترز به من وقف الانسان نفسه على نوع ما من العبادات كذا ذكر ابن عبد السلام عن الغزالي ولما كان كلامه شاملا لكل مملوك بين ما هو داخل وما فيه تردد بقوله وان بأجرة الى قوله تردد وظاهر كلامه سواء كان مشاعا أو غير مشاع قال ابن الحاجب يصح في العقار المملوك لا المستأجر من الاراضي والديار والحوانيت والحوائط والمساجد والمصانع والآبار والقناطر والمقابر والطرق شائعا وغيره قال في التوضيح قوله شائعا أو غيره يعني يجوز وقف العقار سواء كان شائعا كما لو وقف نصف دار أو غير شائع ولا يريد المصنف انه يجوز وقف المشاع من غير اذن شريكه فان ذلك لا يجوز ابتداء أعني فيما لا يقبل القسمة واختلف ان فعل هل ينفذ تحبيسه أم لا وعلى الثاني اقتصر اللخمي آخر الشفعة قال لان الشريك لا يقدر على بيع جميعها وان فسد فيها شئ لم يجد من يصلح معه واختار ابن زرب الاول اللخمي وان كانت مما تنقسم جاز له الحبس اذ لا ضرر عليه في ذلك وسأل ابن حبيب ابن الماجشون

عمن له شرك فى دور ونخل مع قوم فتصدق بحصته من ذلك على أولاده أو غيرهم صدقة محبسة ومنها ماينقسم ومنها مالا ينقسم ومن الشركاء من يريد القسم قال يقسم بينهم ماانقسم فما أصاب المتصدق منها فهو على التحبيس ومالا ينقسم بيع فما أصاب المتصدق من الثمن فى حصته اشترى به مايكون صدقة محبسة فى مثل ماسبلها فيه المتصدق واختلف هل يقضى عليه بذلك انتهى وبعضه فى ابن عبد السلام وقال ابن عرفة واطلاق ابن شاس وابن الحاجب اجازته فى الشائع كقولها فى آخر الشفعة قال مالك ان حبس أحد الشريكين فى دار حظه منها على رجل وولده وولد ولده فباع شريكه حظه منها فليس له ولا للمحبس عليهم أخذه بالشفعة الا ان يأخذه بالحبس فيجعله فى مثل ماجعل حظه فيه اللخمى ان كانت الدار تحمل القسم جاز الحبس اذ لاضرر على شريكه بذلك ان كره البقاء على الشركة قاسم (قلت) هذا على ان القسم تمييز حق وعلى أنه بيع يؤدى الى بيع الحبس الا ان يقال الممنوع بيعه ما كان معينا الا المعروض للقسم لانه كالمأذون فى بيعه من محبسه قال وان كان ممالا ينقسم فللشريك رد الحبس (قلت) ومثله فى نوازل الشعبى قال وان كان علو وسفل لرجلين فلرب العلو رد تحبيس ذى السفل لانه ان فسد منه شئ لم يجد من يصلحه ولرب السفل رد تحبيس ذى العلو للضرر متى وهى منه مايفسد سفله والحائط كالدار فيما ينقسم ومالا ينقسم (قلت) ومثل اطلاقها فى تحبيس الشريك فى الدار وقع فى رسم كتب عليه ذكر حق من سماع ابن القاسم من الشفعة فتكلم فيه ابن رشد بحكم الشفعة وأعرض عن حكم الحبس المشاع ولابن سهل عن ابن زرب اختلف أهل العلم فيمن له حصة فى دار لاتنقسم فحبسها فقال بعضهم تحبيسه لاينفذ وأجازه بعضهم وباجازته أقول ثم ذكر كلام ابن الماجشون ثم قال قلت فى جواز تحبيس مشاع ربع وروثه مشترك فيه مطلقا ووقفه على اذن شريكه فيما لاينقسم والابطل ثالثها يجوز مطلقا ويجعل ثمن الحظ المحبس ممالا ينقسم مثل ماحبسه فيه لظاهرها مع ظاهر سماع ابن القاسم ونص ابن زرب عن اللخمى والمذهب وابن حبيب مع ابن الماجشون ويتخرج القول بالجواز فى العلو والسفل انتهى وأقوى الأقوال الثانى لجعله اللخمى المذهب ابن عرفة المتيطى ان أقر بعض الورثة بتحبيس ربع نفذ اقراره فى حظه فقط (قلت) مثله فى النوادر لعبد الملك وظاهره نفوذه مطلقا ولو كان فيما لاينقسم وهذا على القول بجوازه مطلقا فى تحبيس المشاع واضح وعلى وقفه على اذن شريكه فيه نظر قال وأشد ماعلى المنكر الحلف على انه لايعرف أن المحبس حبس عليهم (قلت) يريد ان كان ممن يظن به العلم قال وليس له رد اليمين لان الحبس لايملك ملك المبيع لان مصيره للاعقاب والمرجع ولا يحلف أحد عن أحد ولو نكل اذا ردت اليمين عليهم لم يبطل الحبس عليه بنكوله فهذه وجوه تمنع رد اليمين فى الحبس والباجى اختلف هل على المنكر يمين فقال بعضهم عليه اليمين وبعضهم لايمين عليه ابن زرب نزلت فى رجل حبس مالا وثبت حوزه فادعى بعض ورثته ان الحبس رجع اليه وسكن فيه حتى مات وأراد تحليف المحبس عليهم فقلت لايمين عليهم وقال بعض فقهاء عصرنا عليهم اليمين وهو عندى خطأ انتهى وقول ابن الحاجب والمقابر نقله ابن عرفة عن اللخمى ثم قال يريد بالمقابر المتخذة حيث يجوز اتخاذها سمع ابن القاسم ثم ذكر كلام السماع مختصرا ولنأت بالسماع من أصله ونصه وسئل عن فناء قوم كانوا يرمون فيه وفيه عرض لهم ثم انهم غابوا عن ذلك فاتخذ مقبرة ثم جاؤا فقالوا نريد ان نسوى هذه المقابر ونرمى على حال ما كنا نرمى فقال مالك اما ماقدم منها فأرى ذلك لهم وأما كل شئ جديد فلا أحب لهم درس ذلك ابن رشد أفنية الدور المتصلة

بطريق المسلمين ليست بملك لارباب الدور كالاملاك المحوزة التى لأربابها تحجيرها على الناس لما للمسلمين من الارتفاق بها فى مرورهم اذا ضاق الطريق عنهم بالاحمال وشبهها الا انهم أحق بالانتفاع بها فيما يحتاجون اليه من الرمى وغيره فمن حقهم اذا اتخذت مقبرة فى مغيبهم أن يعودوا الى الانتفاع بالرمى فيها اذا قدموا الا أنه كره لهم درسها اذا كانت جديدة مسنمة لم تدرس ولا عفت لما فى درس القبور وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لان يمشى أحدكم على الرضف خير له من أن يمشى على قبر أخيه وقال ان الميت يؤذيه فى قبره ما يؤذيه فى بيته وقال ابن أبى زيد انما يكره درسها لانها من الأفنية ولو كانت من الأملاك المحوزة لم يكره ذلك وكان لهم الانتفاع بظاهرها وروى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أنه قال واروا فى باطنها وانتفعوا بظاهرها قال ابن رشد ولو كانت من الأملاك المحوزة قد دفن فيها بغير اذنهم لكان من حقهم نبشهم منها وتحويلهم الى مقابر المسلمين وقد فعل ذلك بقتلى أحد لما أراد معاوية اجراء العين التى الى جانب أحد أمر مناديا فنادى فى المدينة من كان له قتيل فليخرج اليه وينبشه وليحوّله قال جابر فأتيناهم فأخرجناهم من قبورهم رطابا يلينين انتهى ابن عرفة فى استدلاله بفعل معاوية نظر لان قتلى أحد ما أقبروا الا حيث جاز اقبارهم واستدلاله باخراجهم يوهم كون القبر غير حبس والأقرب أنه فعله لتحصيل منفعة عامة حاجية حسبما يأتى فى بيع الحبس لتوسعة جامع الخطبة ولابن عات سئل بعضهم أيجوز حرث البقيع بعد أربعين سنة دون دفن فيه وأخذ ترابه للبناء قال الحبس لا يجوز أن يتملك انتهى ولم يظهر لى فى تعقيب ابن عرفة وجلبه لهذا الكلام كبير فائدة فتأمله والله أعلم ص ﴿وان بأجرة﴾ ش هذا خلاف قول ابن الحاجب المتقدم لا المستأجر قال ابن عبد السلام فى قول ابن الحاجب المملوك ويمكن أن يريد المؤلف بهذا القيد اشتراط ملك الرقبة وان ملك المنفعة وحدها لا يكفى فى التحبيس ويدل على ذلك قوله الا المستأجر فيكون مراده المملوك رقبته لا منفعته بخصوصيتها والاحسن ان يظهر فاعل اسم المفعول فيقول المملوك رقبته ويقول لا منفعة ويبقى مطلق المنفعة المقابل للرقبة ولا يختص ذلك بمنفعة الاستئجار انتهى وقال ابن عرفة وقول ابن الحاجب ويصح فى العقار المملوك لا المستأجر انتصار لقول ابن شاس لا يجوز وقف الدار المستأجرة وفى كون مراد ابن شاس ان وقف مالك منفعتها أو بائعها نظر وفسره ابن عبد السلام فى لفظ ابن الحاجب بالاول وهو بعيد لخروجه بالمملوك والاظهر الثانى وفى نقله الحكم بابطاله نظر لان الحبس اعطاء منفعة دائما وأمد الاجارة خاص بالزائد عليه يتعلق به الحبس لسلامته من المعارض ثم فى لغو حوز المستأجر للحبس فيفتقر لحوزه بعد أمد الاجارة وصحته له فيتم من حين عقده قولان مخرجان على قولى ابن القاسم وأشهب فى لغو حوز المستأجر ما فى اجارته لمن وهب له بعد اجارته وصحته له انتهى والذى استظهره فى كلام ابن شاس فهمه القرافى عليه ونصه فرع قال فى الجواهر يمنع وقف الدار المستأجرة لاستحقاق منافعها للاجارة فكأنه وقف ما لا ينتفع به ووقف ما لا ينتفع به لا يصح انتهى وهذا التوجيه ليس بظاهر بل الظاهر قول ابن عرفة بصحة الحبس فتأمله والله أعلم واستبعاد ابن عرفة حمل ابن عبد السلام قول ابن الحاجب على المعنى الاول ليس بظاهر لقوله فى ترجمة الاجارة فى الصناعات من كتاب الاجارة من المدونة ولا بأس أن يكرى أرضه على ان تتخذ مسجدا عشر سنين فاذا انقضت كان النقض له انتهى ونقله المصنف فى الاجارة ولان الوقف لا يشترط فيه التأبيد الا أن كلام ابن عرفة جار على ما قدمه فى حد الوقف وتقدم أنه

(وان بأجرة) ابن الحاجب يصح فى العقار المملوك لا المستأجر * ابن عرفة هذا اختصار لقول ابن شاس لا يجوز وقف الدار المستأجرة وفى كون مراد ابن شاس نفى وقف مالك منفعتها أو بيعها انظر راجع ابن عرفة

(ولو حيوانا أو رقيقا) من المدونة من حبس رقيقا أودواب فى سبيل الله استعملوا فى ذلك ولم يباعوا ولا بأس أن يحبس الرجل الثياب والسروج والدواب قال مالك وماضعف من الدواب المحبسة فى سبيل الله حتى لاتكون فيه قوة على الغز و بيعت واشترى بثمنها ماينتفع به من الخيل فتجعل فى السبيل قال ابن القاسم فان لم يبلغ ثمن فرس أو هجين أو برذون فليعن بذلك فى ثمن فرس قال ابن وهب عن مالك وكذلك الفرس يكلب و يخبث قال ابن القاسم ومابلى من الثياب المحبسة ولم يبق فيه منفعة بيعت واشترى بثمنها ثياب ينتفع بها فان لم يبلغ تصدق به فى السبيل (كعبد على مرضى لم يقصد ضرره) المتيطى يجوز أن يحبس الرجل مملوكه على المرضى اذا كان ذلك من السيد على غير الضرر بمملوكه وقال ابن رشد يكره تحبيس الرقيق لرجاء العتق فيه فان وقع وفات مضى وما لم يفت يستحب لمحبسه صرفه لما هو أفضل * ابن عرفة يريد بفوته بالحوز لا بالموت (وفى وقف كطعام تردد) ابن الحاجب لايصح وقف ذوات الأمثال * ابن شاس لان منفعته باستهلاكه ومن المدونة من حبس على رجل مائة دينار يتجر بها أمدا معلوما ضمن نقصها وهى كسلف * ابن رشد وأما الدنانير والدراهم ومالا يعرف بعينه فتحبيسه مكروه وان وقع كان لآخر العقب ملكا ان كان معقبا وان لم يكن معقبا وكان على معينين رجع اليه بعد انقراض المحبس عليهم * ابن عرفة رجوعه ملكا ان كان معقبا وان لم يكن معقبا ظاهر فى جواز بيعه اختيارا بعد رجوعه وذلك يمنع كونه حبسا حقيقة لان خاصية الحبس منع بيعه اختيارا قال فى المدونة من قال هذه الدار حبس على فلان وعقبه أو عليه

يخرج من حده الحبس غير المؤبد قال الرصاع فى شرح حدود ابن عرفة فان قلت اذا اكترى أرضا عشر سنين ليصيرها حبسا مسجدا فى تلك المدة فكيف يصدق عليها حد الشيخ يعنى ابن عرفة (قلت) هذه الصورة ذكروها فى الحبس وقالوا لايشترط كون المحبس مالك الرقبة بل ماهو أعم كالمنفعة والى ذلك أشار خليل بقوله وان بأجرة فيحتاج هذا الى تأمل فى دخولها انتهى كلام الرصاع والله أعلم ص ﴿ولو حيوانا﴾ ش تصوره واضح (فرع) وأما الثياب فقال ابن عرفة وفى الثياب طريقان اللخمى فى جوازها ومنعه قولان لها ولنقل ابن العطار مع القاضى الباجى لابن القاسم فى العتبية لم أسمع من مالك فى الثياب شيأ ولا بأس به وأجازه أشهب فعلى جوازه يلزم لموافقته الشرع وكونه من العقود اللازمة وعلى كراهته ففى جوازه ولزومه روايتان (قلت) يريد بالجواز عدم اللزوم لا أحد أحكام الاقسام الخمسة والا لزم كون قسيم الشئ قسما منه وهو محال انتهى ثم قال وقول اللخمى والمتيطى الاصل فى تحبيس ماسوى الارض قوله صلى الله عليه وسلم من حبس فرسا فى سبيل الله ايمانا بالله وتصديقا بوعده فان شبعه وريه فى ميزانه أخرجه البخارى وهو شنيع فى فهمه ان ضبط باء حبس بالتخفيف وفى روايته ان ضبطها بالتشديد وفى مثل هذا كان بعض من لاقيناه يحكى عن بعض شيوخه انه كان يقول استدلالات بعض شيوخ مذهبنا لاينبغى ذكرها خوف اعتقاد سامعها ولا سيما من هو من غير أهل المذهب ان حال أهل المذهب أو جلهم مثل هذا المستدل قال ولقد رأيت لبعض متكلمى المتقدمين ردا على المنجمين وددت أنه لم يقله لسخافته و رأيت للآمدى ردا عليهم ليس منصفا وقف عليه انتهى (قلت) كلامه رحمه الله يقتضى ان لفظ الرواية فى البخارى حبس بتخفيف الباء على وزن نصر والذى فى البخارى فى كتاب الجهاد عن أبى هريرة رضى الله عنه قال قال النبى صلى الله عليه وسلم من احتبس فرسا فى سبيل الله ايمانا وتصديقا بوعده فكان شبعه وريه وروثه وبوله فى ميزانه يوم القيامة انتهى فلفظ البخارى احتبس على وزن افتعل وكذلك نقله المنذرى فى الترغيب والترهيب عن البخارى ومقتضى كلام ابن عرفة رحمه الله ان حبس بالتخفيف ليس معناه أوقف وهو مخالف لما قاله القاضى عياض فى المشارق ونصه فى باب الجامع فى قوله وأما خالد فانه احتبس ادراعه أى أوقفها فى سبيل الله واللغة الفصيحة احبس قاله الخطابى ويقال حبس مخففا وحبس مشددا انتهى فدل كلام القاضى على ان حبس بالتخفيف بمعنى حبس بالتشديد وهو الوقف فصح ما قاله اللخمى والمتيطى هذا اذا كانا نقلا الحديث بلفظ حبس وان كانا نقلاه بلفظ احتبس كما هو فى صحيح البخارى فحرفه النساخ فمعنى احتبس أوقف كما تقدم كذا قال النووى وغيره فصح ما قالاه ان الحديث المذكور أصل فى تحبيس ماسوى الارض وكذا حديث خالد كما قاله القاضى عياض فى شرح مسلم وبقى النظر فيما اقتضاه كلامه من أن الرواية حبس فانه خلاف مافى صحيح البخارى والله أعلم ص ﴿كعبد على مرضى﴾ ش انظر المتيطى ص ﴿وفى وقف كطعام تردد﴾

ش أتى بالكاف لتدخل المثليات ويشير بالتردد لماذكره فى الجواهر من منع وقف الطعام ان حمل كلامه على ظاهره وماذكره فى البيان ان وقف الدنانير والدراهم ومالا يعرف بعينه اذا غيب عليه مكروه (تنبيه) قال فى الشرح الكبير فى هذا التردد نظر لانك ان فرضت المسئلة فيما اذا قصد بوقف الطعام ونحوه بقاء عينه فليس الا المنع لانه تحجير من غير منفعة تعود على أحد وذلك مما يؤدى الى فساد الطعام المؤدى الى اضاعة المال وان كان على معنى انه أوقفه للسلف ان احتاج اليه محتاج ثم يرد عوضه فقد علمت ان مذهب المدونة وغيرها الجواز والقول بالكراهة ضعيف وأضعف منه قول ابن شاس ان حمل على ظاهره والله أعلم انتهى قال فى التوضيح ولعل مراد المصنف يعنى ابن الحاجب وابن شاس انه لا يصح وقفه بشرط بقاء عينه انتهى وقال فى الشامل وفيها جواز وقف الدنانير والدراهم وحمل عليه الطعام وقيل يكره انتهى ص ﴿ على أهل للتملك ﴾ ش هذا الضابط ليس بشامل لخروج نحو المسجد والقنطرة منه والصواب ماقاله ابن عرفة المحبس عليه ماجاز صرفه منفعة الحبس له أوفيه وان كان معينا يصح رده اعتبر قبوله ابن شاس لايشترط فى صحة الموقوف عليه قبوله الا أن يكون معينا أهلا للرد والقبول وفى كون قبوله شرطا فى اختصاصه به أو فى أصل الوقف خلاف انتهى ص ﴿ كمن سيولد له ﴾ ش تصوره واضح ولا معارضة بينه و بين قوله بعد هذا كعلى ولدى ولا ولد له فى كونه جعل له بيعه لانه هنا تكلم على صحة الوقف وهناك على لزومه وهما متغايران قال ابن عرفة المتيطى المشهور المعمول عليه صحته على الحمل ابن الهندى زعم بعضهم انه لايجوز على الحمل والروايات واضحة بصحته على من سيولد له وبها احتج الجمهور على الحمل وفى لزومه بعقده على من يولد قبل ولادته قولا ابن القاسم ومالك لنقل الشيخ روى محمد بن المواز وابن عبدوس لمن حبس على ولده ولا ولد له بيع ماحبسه مالم يولد له ومنعه ابن القاسم قائلا لو جاز لجاز بعد وجود الولد وموته (قلت) يرد بانه لما لزم بوجوده استمر ثبوته لوجود متعلقه وقبله لاوجود لمتعلقه حكما والاولى احتجاج غيره بانه حبس قد صار على مجهول من يأتى فصار موقوفا أبدا ومرجعه لاولى الناس بالمحبس ولهم فيه متكلم انتهى وهو قريب من قول ابن الماجشون قال ابن الحاجب ولو قال على أولادى ولا ولد له ففى جواز بيعه قبل اياسه قولان ابن الماجشون يحكم بحبسه ويخرج الى يد ثقة ليصح الحوز وتوقف ثمرته فان ولد له فلهم والا فلاقرب الناس اليه قال فى التوضيح قول ابن الماجشون ثالث يرى ان الحبس قد تم وان لم يولد له رجع الى أقرب الناس بالمحبس وقوله فان ولد له فلهم أى الحبس والثمرة واذا بقى وقفا عليهم رد اليه لانه يصح حوزه لولده قاله الباجى انتهى ومن التوضيح عن ابن القاسم قال وان مات قبل أن يولد له صار ميراثا انتهى (مسئلة) سئلت عنها وهى رجل قال فى كتاب وقفه أوقف كاتبه الدار الفلانية على ولده فلان ثم بعده على أولاده الثلاثة فلان وفلان وفلان وعلى من يحدثه الله له من الأولاد هل الضمير فى قوله له يرجع الى الواقف أوالى الولد (فأجبت) إن الظاهر عوده على الولد لانه الأقرب وهو الذى يدل عليه السياق فقال السائل ان الواقف قال فى وصيته انى أوقفت الدار على ولدى فلان وعلى من يحدثه الله لى من الاولاد فبين مرجع الضمير فأجبت بانه يقبل قوله فان ابن رشد قال فى أجوبته يجب أن يتبع قول المحبس فى وجوه تحبيسه فما كان من نص جلى لو كان حيا فقال انه أراد ما يخالفه لم يلتفت الى قوله ووجب أن يحكم به ولا يخالف حده فيه الا أن يمنع منه مانع من جهة الشرع وما كان من كلام محتمل لوجهين فأ كثر حمل على أظهر محتملاته الا أن يعارض أظهرهما أصل فيحمل على

وعلى ولده ولم يجعل لها مرجعا فهى موقوفة لاتباع ولا توهب وترجع بعد انقراضهم حبسا على أولى الناس بالمحبس يوم المرجع وان كان المحبس حيا اه وقد تقدم الكلام على قوله وزكيت عين وقفت للسلف (على أهل للتملك) الذى لابن الحاجب ان من أركان الوقف الموقوف عليه قال ولا يشترط قبوله الا ان كان معينا وأهلا وقال ابن عرفة المحبس عليه ماجاز صرف منفعة المحبس له أوفيه (كمن سيولد له) المتيطى المشهور المعمول عليه صحة الوقف على الحمل ابن الهندى والروايات واضحة بصحته على من سيولد له وبه استدل الجمهور على الحمل وفى لزومه بعقده على من يولد قبل ولادته قولا ابن القاسم ومالك لنقل الشيخ روى محمد فيمن حبس على ولده ولا ولد له يبيع ماحبسه مالم يولد له ومنعه ابن القاسم قائلا لو جاز لجاز بعد وجود الولد وموته راجع ابن عرفة

(وذمى) ابن عرفة تبع ابن الحاجب ابن شاس فى قوله يجوز الوقف على الذمى وقبله ابن عبد السلام ولا أعرف فيها نصا والأظهر جريها على حكم الوصية وفى نوازل ابن الحاج من حبس على مساكين اليهود والنصارى جاز وذلك لقوله تعالى ويطعمون الطعام الى قوله تعالى وأسيرا ولا يكون الأسير الا مشركا وان حبس على كنائسهم رد ذلك وفسخ ومن العتبية ان أوصى نصرانى بماله للكنيسة ولا وارث له دفع الثلث الى الأسقف يجعله حيث ذكره والثلثان للمسلمين (وان لم تظهر قربة) ابن الحاجب لا يشترط ظهور القربة (أو يشترط تسليم غلته من ناظره ليصرفها) من المدونة قال مالك من حبس فى صحته أو تصدق به على المساكين من حائط أو دار أوشئ وله غلة فكان يكريه ويفرق غلته كل عام على المساكين ولم يخرجه من يده حتى مات لم يجز لان هذا غير وصية الا أن يخرج ذلك من يده قبل موته أو يوصى بانفاذه فى مرضه لغير وارث فينفذ من ثلثه قال فى المجموعة وكتاب محمد وليس تفرقة الغلة كالسلاح وشبهه الذى يخرج من يده فى وجهه ويرجع اليه يريد أن هذه الأشياء انتقلت من يده وأخرج جميعها وفى الغلة لم يخرج الاصل من يده فذلك مفترق وقال ابن عبد الحكم عن مالك وان جعلها بيد غيره وسلمها اليه يحوزها ويجمع غلتها ويدفعها للذى حبسها يلى تفرقتها وعلى ذلك حبس ان ذلك جائز وأبى ذلك ابن القاسم وأشهب (أو ككتاب عاد اليه بعد صرفه فى مصرفه) نص اللخمى أن حكم الكتب تحبس ليقرأ فيها كحكم الخيل تحبس ليغزى عليها والسلاح يقاتل بها ونص المدونة ان احبس فى صحته مالا غلة له مثل السلاح والخيل والرقيق وشبه ذلك ولم ينفذها ولا أخرجها من يده حتى مات فهى ميراث وان كان يخرجه فى وجهه ويرجع اليه فهو نافذ من رأس ماله لانه خرج فى وجهه وان أخرج بعضه وبقى بعضه فما أخرج فهو نافذ وما لم يخرج فهو ميراث اه انظر اذا وجد كتاب وفى ظهره مكتوب انه حبس قال البرزلى رأيت مدونة من رق وعليها مكتوب حبس وبيعت ولم يعمل ذلك الكتب شيأ قال والخلاف مذكور اذا وجد فى فخذ فرس حبس (وبطل على معصية) الباجى لو حبس مسلم على كنيسة فالأظهر عندى رده لانه معصية كما لو صرفها الى أهل الفسق * ابن عرفة عادة الشيوخ انهم لا يقولون والاظهر عندى الا فيما فيه نظر ما لا فى الأمر الضرورى ورد هذا الحبس ضرورى فى القواعد الأصولية قال ابن القاسم من أوصى أن يقام له ملهى فى عرس أو مناحة ميت

الأظهر من باقيها اذا كان المحبس قد مات ففات أن يسأل عما أراد بقوله من محتملاته فيصدق فيه اذ هو أعرف بما أراد واحق ببيانه من غيره انتهى فعلم منه اذا كان حيا وفسر اللفظ بأحد احتمالاته قبل تفسيره ولو كان خلاف الظاهر ولا يقبل قوله فى الصريح اذا ادّعى انه أراد خلاف معناه والله أعلم ثم رأيت فى مسائل الحبس من البرزلى اذا قال حبس على فلان وكل ولد يحدثه الله له فقط فالضمير عائد على الابن المحبس عليه لدلالة اللفظ عليه لان الضمير يعود على الاقرب انتهى (فرع) قريب من هذا المعنى قال القرافى فى الذخيرة فى باب الحبس من كتاب الدعوى فرع وقع فيه النزاع بين فقهاء العصر وهو بعيد ينبغى الوقوف عليه وهو اذا قال الواقف فمن مات منهم فنصيبه لأهل طبقته وقد تقدم قبل هذا الشرط ذكر الواقف فبقى الضمير دائرا بين طبقة الواقف والموقوف عليه فينبغى تعيين المقصود فى الكتابة واذا نص على طبقة الموقوف عليه فيميز بين الاخ وابن العم مع ابن عمه الجميع أولاد عم وهو مع أخيه الكل اخوة فكلا الجهتين طبقة واحدة فينبغى أن يبين ذلك فيقول من اخوته أو يقول الاقرب فالاقرب فيتعين الاخ فانه وان كان فى الطبقة وابن العم كذلك الا أن الاخ أقرب فان قال الاقرب فالاقرب فافتوا بالتسوية فى الشقيق والاخ للاب فان حجب الشقيق له ليس بالقرب بل بالقرعة فان قال طبقته وسكت فأفتى بعضهم بالاخ دون ابن العم قال لانه حمل اللفظ على أتم مراده وبعض الفقهاء يتوهم انه اذا قيل فى طبقته فلا احتمال فيه وليس كما قال لما بينت لك انتهى وقوله فلا احتمال فيه أنه اذا قيل فى طبقته فانما يدخل الاخوة فقط دون بنى عم العم من غير احتمال فحاصله انه اذا قيل رجع نصيبه لمن فى طبقته ولم يزد على ذلك انما يتنزل منزلته اخوته فقط دون بنى عم اما اصالة كما قال بعضهم أو يحمل اللفظ على أتم مراده كما قاله القرافى والله أعلم وهو فرع حسن ص ﴿وذمى﴾ ش ابن عرفة تبع ابن الحاجب ابن شاس فى قوله يجوز الوقف على الذمى وقبله ابن عبد السلام ولا أعرف فيها نصا للمتقدمين والاظهر جريها على حكم الوصية انتهى وقال المواق فى نوازل ابن الحاج من حبس على مساكين اليهود والنصارى جاز لقوله تعالى ويطعمون الطعام ونقله ابن غازى فى قول المصنف وأقارب به أقارب جهتيه وان نصارى ص ﴿وبطل على معصية﴾ ش وانظر الوقف على المكروه والظاهر انه ان كان مختلفا فيه فانه يمضى وان

لاتنفذوصيته وقوله باطل * ابن رشد لاخلاف فى ردها بنياحة الميت لانها محرمة (وحربى) أصبغ لاتجوز الوصية للحربى لان
ذلك قوة على حربهم والوقف كالوصية (وكافر لكمسجد) سمع ابن القاسم ان حبس ذمى دارا على مسجد
ردت رواه معن فى
نصرانية بعثت بدينار
الى الكعبة رد عليها *
ابن عرفة لايصح الحبس
من كافر فى قربة دينية
ولو كانت فى منفعة عامة
دنياوية كبناء القناطر
ففى رده نظر والأظهر ان
لم يحتج اليه ردت (وعلى
بنيه دون بناته) سمع ابن
القاسم اذا حبس على ولده
وأخرج البنات منه ان
تزوجن فالشأن أن يبطل
ذلك ورأى ابن القاسم
اذا فات ذلك ان يمضى
على ماحبس وان كان
حيا ولم يحز عنه الحبس
فليرده ويدخل فيه البنات
وان حيز عنه أومات مضى
على شرطه ولم يفسخه
القاضى (أوعاد لسكنى
مسكنه قبل عام) من ابن
يونس قال مالك من
حبس حبسا فسكنه زمانا
ثم خرج منه بعد ذلك فلا
أراه الاوقد افسد حبسه
وهو ميراث قال ابن
القاسم ان حيز عنه بعد
ذلك فى صحته حتى مات
فهو نافذ فان رجع وسكن
فيه بكراء بعد ماحيز عنه فان جاء من ذلك أمر بين من الحيازة فذلك نافذ قاله مالك قال محمد هذا اذا حاز ذلك المحبس عليه نفسه أو وكيله
ولم يكن فيهم صغير ولا من لم يولد بعد فأما من جعل ذلك بيد من يحوزه على المتصدق عليه حتى يقدم أو يكبر أو يولد أو كان بيده هو
يحوزه لمن يحوز له حوزه عليه ثم سكن ذلك قبل ان يلى الصغير نفسه وقبل ان يحوزه من ذكرنا من حبسه عليه فذلك يبطله

اتفق على كراهته فلا يصرف فى تلك الجهة ويتوقف فى بطلانه أوصرفه الى جهة قربة وكذا قال الشيخ أبو عبد الله بن الحاج فى المدخل فى فصل الاذان جماعة بعد أن قرر أن الاذان جماعة على صوت واحد مكروه قال وفعلهم ذلك لايخلو اما أن يكون لأجل الثواب فالثواب لا يكون الا بالاتباع أو لأهل الجامكية والجامكية لاتصرف فى بدعة كما انه يكره الوقف عليها ابتداء انتهى ص ﴿وكافر لكمسجد﴾ ش قال فى الاكمال فى كتاب الصلاة لما تكلم على بناء مسجده صلى الله عليه وسلم قال المازرى أما نبش القبور وازالة الموتى فيمكن أن يقال لعله ان أصحاب الحائط لم يملكوهم تلك البقعة على التأبيد أو لعله تحبيس وقع منهم فى حال الكفر والكافر لاتلزمه القربة كما قالوا اذا أعتق عبدا وهما كافران أن له أن يرده فى الرق قبل اسلامهما مالم يخرج من بلده ولم يقر أن أيدى أصحاب الحوائط زالت عن القبور لأجل من دفن فيها قال عياض لايشترط فى تحبيس أهل الكفر بقاء أيديهم أو زوالها اذ القربة لاتصح منهم وعقودهم فيها غير لازمة فلهم عند أشياخنا بلا خلاف الرجوع فى أحباسهم ومنعها والتصرف فيها كيف شاؤا ويفترق من العتق الذى شرط فى امضائه شيوخنا خروجه من يده اذ صار ذلك حقا للمعتق برفع يده عنه وتسريحه اياه وتمليكه نفسه فاشبه عقود هباتهم واعطياتهم اللازمة انتهى ص ﴿وعلى بنيه دون بناته﴾ ش أما اذا لم يجعل لهم نصيبا فظاهر واذا شرط اخراجهن اذا تزوجن فصرح فى أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس بأن ذلك من اخراج البنات من الحبس وانه يبطل وانظر لو حبس على البنات دون البنين وظاهر كلام المتيطى انه صحيح فانه لما ذكر صفة ما يكتب فى اشتراط المحبس أن يكون الحبس لبنيه دون بناته عقبه بالخلاف فى صحة ذلك ثم ذكر بعده صفة ما يكتب فى اشتراط المحبس أن يكون الحبس لبناته دون بنيه ولم يذكر فيه خلافا فدل كلامه على انه جائز والله أعلم وهو أيضا ظاهر كلام مالك فى العتبية وكلام ابن رشد عليها ونص كلام مالك فى آخر الرسم الاول من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس وهى آخر مسئلة منه سئل مالك عن رجل تصدق على بناته حبسا فاذا انقرض بناته فهى لذكور ولده وهو صحيح مبتل ذلك لهن فيكون للاناث حتى يهلكن جميعهن وللرجل يوم هلكن كلهن ولد وولد ولد ذكور فقال ولد الولد نحن من ولده ندخل فى صدقة جدنا وقال ولده لصلبه نحن آثر وأولى فقال مالك أرى أن يدخل معهم ولد الولد قال ابن رشد قوله انه يدخل ولد الولد بقوله فهى لذكور ولده صحيح على المشهور فى المذهب لان ولد الولد الذكر بمنزلة الولد اذا لم يكن ولد فى الميراث فلما كان له حكم الولد فى الميراث وجب أن يدخل فى الحبس وكذلك يدخل مع بناته لصلبه اذا تصدق على بناته بصدقة حبس بنات بنيه الذكور لأن بنت الابن بمنزلة الابن فى الميراث اذا لم يكن ابن ولا ابنة فلاشئ لذكور ولد المحبس فى هذه المسئلة حتى تنقرض بناته وبنات بنيه الذكور انتهى فقول ابن رشد فلاشئ لذكور ولد المحبس الى آخره مع جواب مالك عما سئل عنه من دخول ولد الولد مع الاولاد وعدم تعرضه للحكم فى تخصيص البنات دون البنين يدل على جواز ذلك ولو لم يكن ذلك جائزا لما سكت عنه فتأمله والله أعلم ص ﴿أوعاد لسكنى منزله قبل عام﴾

(قلت) وكم حد تلك الحيازة قال السنة أقل ذلك قاله ابن عبد الحكم عن مالك وقال ابن رشد انما يصح القول بحيازة العام فى المالكين أمورهم فقول مالك والمعلوم من قول ابن القاسم انه ان رجع بعمرى أو كراء أو ارفاق أو غير ذلك بعد ان حازها الموقوف عليه سنة ان الوقف نافذ قال ابن رشد وأما الصغار فتى سكن أو عمر ولو بعد عام بطل انتهى ما لابن رشد ولم ينقل ابن عات ولا ابن سلمون الا هذا خاصة ورأيت فتيا لابن لب ان أخلى ما حبسه على

صغار ولده عاما كاملا فلا يضر رجوعه اليه انتهى وفى نوازل ابن الحاج ان بهذا جرى العمل يعنى اذا أخلاها منه انما حيازته فى الصغير والكبير وعلى هذا عول المتيطى وانظر بعد ورقة من باب الاقضية والشهادات من ابن سهل فيه نحو فتيا ابن لب وانظر أول الفصل الخامس من المفيد وانظر بعد هذا عند قوله ولا ان رجعت اليه بعده بقرب (أو جهل سبقه لدين وان كان على محجوره) من المدونة قال مالك من حبس حبسا على ولده صغار فمات وعليه دين لا يدرى الدين كان قبل أم الحبس وقام الغرماء فعلى الولد اقامة البينة ان الحبس كان قبل الدين والا بطل الحبس ونحوه فى رسم الجواب قال مالك فى الرسم المذكور ولو كان ذلك على ابن مالك لأمره أو أجنبى

فحاز وقبض كانت الصدقة أولى (أو على نفسه ولو بشريك) ابن عرفة

الحبس على نفس المحبس وحده باطل اتفاقا وكذلك مع غيره على المعروف وظاهر المذهب بطلان كل حبس من حبس على نفسه وغيره ان لم يحز عنه فان حيز صح على غيره فقط (أو على ان النظر له) ابن شاس قال فى المختصر الكبير لا يجوز للرجل ان يحبس ويكون هو ولى الحبس وقال فى كتاب محمد فيمن حبس غلة داره فى صحته على المساكين فكان يلى عليها حتى مات وهى بيده انها ميراث قال وكذلك ان شرط فى حبسه انه يلى ذلك لم يجز * ابن القاسم وأشهب أنظر قبل قوله أو ككتاب (أولم يحزه كبير وقف عليه ولو سفيه أو ولى صغير أو لم يخل بين الناس و بين كمسجد

ش وأما ان عاد الى السكنى بعد عام فلا يبطل وهذا فى حق من يحوز لنفسه وأما من يحوز له الواقف فانه ان عاد الى السكنى بطل الحبس والهبة انظر التوضيح وابن عرفة فى كتاب الهبة وانظر كلام الشيخ زروق فى شرح الرسالة فان لم يدع سكناه حتى مات بطلت ص ﴿ أو على أن النظر له ﴾ ش هذا اذا لم يكن على صغار ولده أو من فى حجره وأما من كان كذلك فهو الذى يتولى حيازة وقفهم والنظر لهم كما صرح به فى المدونة وغيرها والله أعلم (مسئلة) سئلت عن رجل أوقف وقفا وشرط النظر لنفسه مدة حياته وحكم بصحة الوقف قاض مالكى فانتقل القاضى المذكور والواقف بالوفاة بعد مدة فدعت زوجة الواقف أولاده الى قاض مالكى آخر فى ميراثها من الارض الموقوفة فاظهروا كتاب الوقف فابطله وحكم لها بارثها فهل يصح نقض الثانى أم لا فاجبت حكم القاضى الاول بصحة الوقف مخالف لمذهب امامه وقد أخطأ فى ذلك ولكن لا يجوز لغيره أن ينقضه اذا كان ذلك القاضى الاول ممن تنفذ أحكامه بأن يكون غير معروف بالجور وانه يتعمد الامور الباطنة أو بأنه يحكم بالجهل من غير مشاورة العلماء فان كان كذلك فحكمه باطل على كل حال وكذلك الثانى ان كان معروفا بالجور أو بأنه يحكم بالجهل من غير مشاورة العلماء فاحكامه أيضا باطلة والله سبحانه أعلم ص ﴿ أولم يحزه كبير ولو سفيها ﴾ ش أشار بقوله سفيها الى ان حيازة السفيه لما أوقف عليه جائزة على القول الراجح وفى وثائق الباجى انها لا تصح وظاهر كلام المصنف ان حيازة السفيه لما وقف عليه مطلوبة ابتداء وليس كذلك بل الحائز له ابتداء وليه أو وصيه أو من يقدمه القاضى له وانما الخلاف اذا حاز لنفسه هل يصح حوزه أم لا فالقول الراجح وهو الذى مشى عليه المصنف ان حيازته لما وقف عليه جائزة والذى فى وثائق الباجى أنها لا تصح قاله ابن رشد ونقله فى التوضيح ونقله الشارح والخلاف فى صحة حيازة السفيه وعدم صحتها انما هو اذا كان له ولى قال فى الشامل فان لم يكن له ولى جازت حيازته اتفاقا انتهى وقاله ابن راشد ونقله فى التوضيح وأما حيازة وليه له فجائزة بلا خلاف بل هو المطلوب ابتداء ولا يقال ظاهر كلام المؤلف ان الموقوف عليه اذا كان كبيرا سفيها فلا تكفى حيازة المولى له ولا بد من حوزه لما تقدم من ان الحائز له ابتداء انما هو وليه و يفهم ذلك من قول المصنف بعد الا لمحجوره ص ﴿ أو ولى صغير ﴾ ش أشار به الى أن الحكم ابتداء فى الصغير أن الحائز له وليه ولو حاز لنفسه لصح حوزه كالسفيه فحكم الصغير كالسفيه قال فى كتاب الطرر ومن تصدق على صغير من أب أو غيره ثم أسلم الصدقة الى ذلك الصغير وحازها فى صحة المتصدق بها فانها حيازة تامة وان كان الحائز صغيرا وتنفذ الصدقة الا انه يكره ابتداء أن يحوز الصغير فان وقع نفذ (تنبيهان * الاول) حكم

قُبل فلسه وموته ومرضه) أما اذا لم يحز الكبير حتى مات المحبس أو مرض أو فلس فلا بن القاسم فى المدونة كل صدقة أو حبس أو نحلة أو عمرى أو عطية أو هبة لغير ثواب فى الصحة يموت المعطى أو يفلس و يمرض قبل حوز ذلك فهو باطل الا ان يصح المريض فتحاز عنه بعد ذلك ويقضى للمعطى بالقبض ان منعه انتهى وانظر مافعله من ذلك فى مرضه قال ابن يونس أما ما بتل فى المرض فلا تراد فيه الحيازة وهو نافذ من الثلث ان مات وان صح نفذ البتل كله ان كان لرجل بعينه وان كان للمساكين أو فى السبيل أمر بانفاذ ذلك راجع أول ترجمة من كتاب الصدقة من ابن يونس وأما حوز السفيه فقال ابن عرفة فى بطلان قبض السفيه ما حبس عليه لنفسه وصحته نقل المتيطى البطلان عن وثائق الباجى ونقل صحته عن سحنون مع الاخوين قال ونزلت أيام القاضى منذر بن سعيد البلوطى فشاورفيها فاجمع له الجميع من فقهاء بلده بصحته الا اسحق بن ابراهيم أفتى ببطلانه فحكم بقول الجميع وأما حوز ولى الصغير فقد نقل ابن يونس من وهب لصغير هبة وجعل من يحوزها له الى ان يبلغ وترضى حاله فتدفع اليه و يشهد له بذلك فذلك حوز كان له أب أو وصى حاضر أو لم يكن بخلاف غير الصغير قيل فما الفرق قال انما جازت للصغير خوفا ان يأ كلها الاب و يفسدها ومن المدونة أيضا من وهب عبد الابنه الصغير ولا جنبى فلم يقبض الاجنبى حتى مات الواهب فذلك كله باطل لقول مالك فيمن حبس على أولاده الصغار والكبار فلم يقبض الكبار الحبس حتى مات الاب انه يبطل كله لأن الكبار لم يقبضوا الحبس قال مالك ولا يعرف انفاذ الحبس للصغار ههنا الا بحيازة الكبار بخلاف ما حبس على ولده وهم صغار كلهم هذا ان مات كان الحبس لهم جائزا وأما حوز كمسجد فقال اللخمى الحبس اصناف صنف لا يصح (٢٦) بقاء يد المحبس عليه ولا يحتاج الى حائز مخصوص وهى المساجد والقناطر والمآجل والآبار واذا خلى بين الناس وبينها صح حبسه (الا لمحجور اذا أشهد) من المدونة قال مالك لا تكون الام حائزة لما تصدقت أو وهبت لصغار بنيها وان أشهدت بخلاف الاب الا أن تكون وصية الولد أو وصية الوالد فيتم حوزها لهم ومن المدونة أيضا الاب يحوز لصغار ولده ومن بلغ من أ بكار بناته ما وهبهم وأشهد عليه ولا يحول حتى يؤنس رشدهم (وصرف الغلة له) المتيطى ان أعمر المحبس على ابنه الصغير الحبس لنفسه وأدخل غلته فى مصالحه فان بموته يبطل الحبس هذا هو المشهور المعمول به وفى نوازل ابن الحاج ما نصه العمرى نافذة للابنة لا يوهنها ما ثبت من استغلال المعمر لها لنفسه وادخاله الغلة فى مصالحه ولها ان تأخذ من تركة المعمر ما اغتله من ذلك انتهى وانظر فى طرر ابن عات قال فرق أبو زيد بين نفس الغلة وثمنها قال ان أ كل ثمن الغلة بعد بيعها فالصدقة ماضية للابن (ولم تكن دار سكناه) من المدونة قال مالك من حبس على صغار ولده دارا أو وهبها لهم أو تصدق عليهم فان حوزه لهم حوزا الا ان يكون ساكنا فيها كلها أو جلها حتى مات فيبطل جميعها وأما الدار الكبيرة يسكن أقلها و يكرى لهم باقيها فذلك نافذ فيما سكن وفيما لم يسكن (أو على وارث بمرض موته) ابن عرفة الحبس على وارث وحده فى المرض مردود كهبته فيه (الا معقبا خرج من ثلثه فكميراث للوارث كثلاثة أولاد وأربعة أولاد أولاد وعقبه وترك أما وزوجة فتدخلان فى مال الاولاد وأربعة أسباعه لولد الولد وقف) ابن عرفة لو حبس على وارث وغيره معه فى مرض موت فهى المشهورة بمسئلة ولد الاعيان وهى ذو دار حبسها فى مرض موته على ولده و ولد ولده وحملها ثلثه وترك معهم أما وزوجة وصورها ابن يونس على ان الولد ثلاثة وكذلك ولد الولد وصورها ابن شاس ولد الولد أربعة قال أبو محمد اعلم ان هذه المسئلة من المسائل التى يتسع فيها المقال و يتفرع فيها السؤال و يدق فيها الفقه وقال سحنون من حسان المسائل وقل من يعرفها وهى فى أ كثر الكتب خطأ لدقة معانيها وغامض تفريعها فاعلم انه لو حبس على ولده و ولد ولده والثلث يحمل ذلك كان فى ذلك حبس على غير وارث وهم ولد الولد وعلى وارث وهم الولد فنحن لا نقدر ان نبطل ما كان للولد من ذلك لأن فيه شركاء لغير وارث من ولد الولد

الهبة حكم الوقف نقله ابن عرفة فى كتاب الهبة وحكى القولين والله أعلم (الثانى) قال فى الشامل وصح أى الحوز بوكالة من المحبس عليه وان بحضوره وان قدم الواقف من يحوز له جاز وفى الهبة والصدقة يجوز للغائب فقط ص ﴿قبل فلسه وموته ومرضه﴾ ش دخل فى المرض الجنون قال فى المتيطية قال ابن القاسم فى العتبية وكذلك ان فقد عقله قبل أن تحاز عنه الصدقة بطلت يريد الا أن يرجع اليه عقله قبل أن تحاز الصدقة عنه أو يصح من مرضه قبل أن يفوت فتنفذ الصدقة وتؤخذ منه انتهى ص ﴿الا لمحجوره﴾ ش قال فى الشامل وفى حوز الحاضن ثالثها ان كان اما أو جدة صح ورابعها ان كان غير جدة وأخ والا فلا والمنصوص ليس بحوز مطلقا فلو شهدت بينة ان الاب صرف الغلة فى مصالح نفسه فالمشهور البطلان والله أعلم ص ﴿أو على وارث بمرض موت﴾

وماتناسل من الاعقاب فلم يكن بد من ايقاف ذلك على معانى الاحباس الان ماصار من ذلك بيد ولد الاعيان قام فيها بقية الورثة من أم وزوجة وغيرهم ان لم يجور وافيه خلون فى تلك المنافع اذ ليس لوارث ان ينتفع دون وارث معه اذ لا وصية لوارث وماصار لولد الولد تنفذ لهم بالحبس قال سحنون وابن المواز اذا كانت حالتهم واحدة والا فعلى قدر الحاجة قال ابن القاسم والذكور والاناث فيه سواء قال عبد الملك اذا قال حبس على ولده ثم على عقبه فلا شئ للعقب حتى يموت الولد بخلاف ولو قال على ولدى وعقبه قال الباجى لان ثم للترتيب وأما الواو فهى للجمع فاقتضت التشريك (وانتقض القسم بحدوث ولدهما كموته على الاصح) ابن يونس اختلف ان مات واحد من ولد الأعيان فقال ابن القاسم وابن المواز وسحنون ينتقض القسم كما ينتقض بحدوث ولد ولد الاعيان أو ولد الولد و يقسم جميع الحبس على عدد بقية الولد وولد الولد فما صار لولد الولد نفذ لهم بالحبس وماصار لولد الاعيان أخذت الأم سدسه والزوجة ثمنه وقسم مابقى على ثلاثة عدد أهل لولد الاعيان فيأخذ الخيار سهمين وورثة الميت منهم سهما تدخل فيه أمه وزوجته ان كان له زوجة وولده وهو أحد ولد الولد فيصير فيه ولد هذا الميت نصيب بمعنى الحبس من جده فى القسم الأول والثانى من نصيب بمعنى الميراث وروى عيسى لا ينتقض القسم (٢٧) (لا الزوجة والأم) من المدونة لو ماتت الزوجة أو الأم كان ما بيدها لورثتها موقوفا وكذلك يوقف نفع ذلك عن وارثهما أبدا مابقى واحد من ولد الاعيان (فيتداخلان ودخلت فيما زيد للولد) أنظر أنت هذه العبارة وقد تقدم ان ماصار لولد الاعيان تأخذ منه الام سدسه والزوجة ثمنه (بحبست ووقفت وتصدقت ان قارنه قيد) قال ابن الحاجب لفظ تصدقت ان اقترن به مايدل من قيد أو جهة لا تنقطع تأبد والا فروايتان وقال ابن رشد التحبيس ثلاثة ألفاظ حبس ووقف وصدقة فأما الحبس والوقف فمعناهما واحد لا يفترقان فى وجه من الوجوه وأما الصدقة فان قال دارى أو عقارى صدقة أو فى السبيل أو على بنى زهرة فانها تباع و يتصدق بها على المساكين على قدر الاجتهاد الان قال صدقة على المساكين يسكنونها أو يستغلونها فتكون حبسا على المساكين للسكنى والاستغلال ولا تباع (أو جهة لا تنقطع أو المجهول وان حصر) من المدونة قال مالك من تصدق بدار له على رجل وولده ماعاشوا ولم يذكر لها مرجعا الا صدقة هكذا لا شرط فيها فهلك الرجل وولده فانها ترجع حبسا على فقراء أقارب الذى حبس ولا تورث قال عياض ان قال مالك هو حبس أو وقف هو صدقة فان عينها لمجهولين محصورين مما يتوقع انقطاعه كقوله على ولد فلان أو فلان و ولده فاختلف فيه قال مالك وقاله فى الكتاب هى حبس مؤبد يرجع بعد انقراضهم مرجع الاحباس سواء قال ماعاشوا أو لا قال وان جعلها لمجهولين غير محصورين كالمساكين فهى ملك لهم تقسم عليهم ان كانت مما ينقسم أو بيعت وقسمت وأنفقت فيما يحتاج اليه ذلك الوجه المجهول وتعيين المجهول ليس هذا باجتهاد الناظر فى موضع الحكم ووقته ولا يلزم عمومهم اذ لا يقدر عليه ولا هو مقصد المحبس وانما أراد الجنس انتهى وقد تبين بهذا انه لا واو قبل ان فى قوله وان حصر

ش قال ابن الحاجب وان شرك فما خص الوارث فميراث و يرجع بعد موت الوارث الى مرجعه قال فى التوضيح يعنى فان شرك المريض الوارث فى الوقف مع غيره فذلك لا يوجب صحة الوقف مطلقا وانما يصح منه ما للاجنبى وماخص الوارث ميراث على جهة الملكية ان لم يكن معقبا وان كان معقبا رجع النصيب الموقوف بين جميع الورثة ولا يبطل الوقف بسبب ما فيه من التعقيب ويبقى بيد جميع الورثة على حكم الارث مادام المحبس عليه موجودا فاذا انقرض المحبس عليه رجع الى مرجعه انتهى وانظر ابن عرفة فى آخر كلامه على مسئلة ولد الاعيان ص ﴿ بحبست ووقفت أو تصدقت ان قارنه قيد أو جهة لا تنقطع أو لمجهول وان حصر ﴾ ش هذا هو الركن الرابع وهو الصيغة قال ابن الحاجب أو ما يقوم مقامها ثم بين ما يقوم مقامها بقوله ولو أذن فى الصلاة مطلقا ولم يخص شخصا ولا زمانا فكالصريح انتهى وقوله فلو أذن فى الصلاة مطلقا أى اذنا مطلقا أو فى الصلاة مطلقا ولم يخص به فرضا ولا نفلا وقال فى المسائل الملقوطة ولو بنى مسجدا وأذن فى الصلاة فيه فذلك كالصريح لانه وقف وان لم يخص زمانا ولا شخصا ولا قيد الصلاة فيه بفرض ولا نفل فلا يحتاج الى شئ من ذلك و يحكم بوقفيته انتهى وذكره والده فى الباب السبعين من تبصرته ثم ذكر اللفظ ثم قال ولفظ وقفت يفيد التأبيد وقال ابن عبد السلام يعنى انها أصرح ألفاظ الفصل ولانها دالة على التأبيد بغير ضميمة وعزاه فى التوضيح لعبد الوهاب وغيره من العراقيين قال وقال صاحب المقدمات وابن زرقون لفظ الوقف والحبس سواء و يدخل فى لفظ وقفت من الخلاف ما يدخل فى حبست انتهى وهذا الثانى

هو الذي مشى عليه المصنف خلافا لابن الحاجب لانه قدم لفظ الحبس على لفظ الوقف ولا بد أن يكون الشرط راجعا الى الالفاظ الثلاثة ثم قال ابن الحاجب وحبست وتصدقت ان اقترن به ما يدل على التأبيد من قيد أو جهة لا تنقطع تأبد والا فروايتان قال ابن عبد السلام يعني ان لفظي حبست وتصدقت لا يدلان على التأبيد بمجردهما بل لا بد مع ذلك من ضميمة قيد في الكلام كقوله حبس لا يباع ولا يوهب وشبه ذلك من الألفاظ أو الجمع بين اللفظتين معا كما وقع في بعض الروايات اذا قال حبسا صدقة أو ذكر لفظ التأبيد أو ضميمة جهة في الحبس لا تنقطع ومراده عدم انحصار من يصرف اليه الحبس باشخاص معينين كقوله حبس على المساكين أو على المجاهدين أو طلبة العلم فان انعدمت هذه القيود والجهات وشبهها ففي التأبيد حينئذ روايتان وظاهر كلام المؤلف أنه لا يختلف في التأبيد اذا وجدت هذه القيود أو الجهات وذلك قريب مما قال في المدونة اذا قال حبس صدقة أو حبس لا يباع ولا يوهب ان قول مالك لم يختلف في هذا انه صدقة محرمة ترجع مراجع الاحباس ولا ترجع الى المحبس ملكا ومع ذلك فابن عبد الحكم حكى عن مالك انها ترجع اليه ملكا بعد موت المحبس عليه وان قال حبس صدقة وكذا قال ابن وهب انها ترجع ملكا اذا حبس على معينين ولو قال لا يباع ولا يوهب نعم يعز وجود الخلاف بل ينتفي اذا اقترن به شيء من الجهات غير المحصورة والمرجع في ذلك كله الى مدلول العرف انتهى والذي يتحصل من كلامه في التوضيح أن الراجح من المذهب ان وقفت وحبست يفيدان التأبيد سواء أطلقا أو قيدا بجهة لا تنحصر أو على معينين أو غير ذلك الا في الصورة الآتية وهي ما اذا قال وقف أو حبس على فلان المعين حياته أو على جماعة معينين حياتهم وقيد ذلك بقوله حياتهم فانه يرجع بعد موتهم ملكا للواقف ان كان حيا أو لورثته ان كان ميتا وكذلك اذا ضرب لذلك أجلا فقال حبس عشر سنين أو خمسا أو نحو ذلك كما نص عليه اللخمي والمتيطي قالا ولا خلاف في هذين الوجهين أي اذا ضرب للوقف أجلا أو قيده بحياة شخص واما لفظ الصدقة فلا يفيد التأبيد الا اذا قارنه قيد كقوله لا يباع ولا يوهب أو جهة لا تنقطع كصدقة على الفقراء والمساكين وطلبة العلم والمجاهدين يسكنونها أو يستغلونها أو على مجهول ولو كان محصورا كعلى فلان وعقبه وغير المحصور كعلى أهل المدرسة الفلانية أو الرباط الفلاني فان تجرد عن ذلك فلا يفيد الوقف فان كان على معين كقوله صدقة على فلان فهي له ملك وان كان لغير معين كالفقراء فالناظر يصرف ثمنها باجتهاده على المساكين يوم الحكم ولا يلزم التعميم قال في المقدمات وللتحبيس ثلاثة ألفاظ حبس ووقف وصدقة ثم قال وأما الصدقة فان تصدق بذلك على معينين ولا محصورين مثل ان يقول هذه الدار صدقة على فلان فهذا لا اختلاف فيه أنها لفلان ملك يبيعها او يهبها وتورث عنه وان تصدق بها على غير معينين ولا محصورين مثل ان يقول هذه الدار صدقة على المساكين أو في السبيل أو على بني زهرة أو بني تميم فانها تباع ويتصدق على المساكين على قدر الاجتهاد الا أن يقول صدقة على المساكين يسكنونها أو يستغلونها فتكون حبسا على المساكين للسكنى والاغتلال ولا تباع وان تصدق بذلك على غير معينين الا انهم محصورون مثل ان يقول داري صدقة على فلان وعقبه هل ترجع بعد انقراض العقب مرجع الاحباس على أقرب الناس بالمحبس أو تكون لآخر العقب ملكا مطلقا على قولين روى أشهب عن مالك أنها تكون لآخر العقب ملكا مطلقا وحكى ابن عبدوس انها ترجع مرجع الاحباس وهو قول مالك وبعض رجاله في المدونة وقد قيل في المسئلة قول ثالث ان ذلك اعمار وترجع بعد انقراض العقب

(ورجع ان انقطع لاقرب فقراء عصبة المحبس) * ابن الحاجب اذا لم يتأبد رجع بعد انقطاع جهته ملكا لمالكه أو وارثه واذا تأبد رجع الى عصبة المحبس من الفقراء ثم للفقراء (وامرأة لو رجلت عصبت) ابن عرفة فى الهبات منها لو قال حبس عليك وعلى عقبك قال مع ذلك صدقة أولا فانها ترجع بعد انقراضهم لأولى الناس بالمحبس يوم المرجع من ولد أو عصبة ذكورهم واناثهم سواء يدخلون فى ذلك حبسا ولو لم تكن الا ابنة واحدة كانت لها حبسا لا يرجع الى المحبس ولو كان حيا وهى لذوى الحاجة من أهل المرجع دون الاغنياء فان كانوا كلهم أغنياء فهى لأقرب الناس بهم من الفقراء ونصها عند ابن يونس قال مالك من قال هذه الدار حبس على فلان وعقبه أو عليه وعلى ولده وولد ولده أو قال حبس على ولدى ولم يجعل لها مرجعا فهى موقوفة لا تباع ولا توهب وترجع بعد انقراضهم حبسا على أولى الناس بالتحبيس يوم المرجع وان كان المحبس فقيل لابن المواز من أقرب الناس بالمحبس الذى يرجع اليهم الحبس بعد انقراض من حبس عليهم فقال قال مالك على الاقرب من العصبة من النساء من لو كانت رجلا كانت عصبة للمحبس فيكون ذلك عليهم حبسا قال مالك ولا يدخل فى ذلك ولد البنات ذكرا كان أو أنثى ولا بنو الاخوات ولا زوج ولا زوجة قال ابن القاسم وانما يدخل من النساء مثل العمات والجدات وبنات الأخ والاخوات أنفسهن شقائق كن أم لأب ولا يدخل فى ذلك الاخوة والاخوات لأم * محمد واختلف فى الام فقال ابن القاسم تدخل فى مرجع الحبس قلت فان كان ثم من سميت من النساء وثم عصبة معهن والنساء أقرب قال ابن القاسم قال مالك يدخلون كلهم الا ان يكون سعة فليبدأ باناث ذكور ولده على العصبة ثم الاقرب فالاقرب ممن سميت وكذلك العصبة الرجال يبدأ بالاقرب فالاقرب واذا لم يكن الا النساء كان لهن على قدر

الى المصدق ملكا انتهى (فائدة) قال النووى فى تهذيب الأسماء واللغات قولهم لو اختلط عدد محصور بعدد محصور أو بغير محصور هذا اللفظ مما يتكرر فى كتب الفقه وقل من يبين حقيقة الفرق بينهما وقد نقلت فى الروضة فى آخر كتاب الصيد كلام الغزالى فيه قال الامام الغزالى ان قلت كل عدد فهو محصور فى علم الله ولو أراد انسان حصر أهل البلد لقدر عليه ان تمكن منهم فاعلم ان تحرير أمثال هذه الامور غير ممكن وانما يضبط بالتقريب فنقول كل عدد لو اجتمع فى صعيد واحد لعسر على الناظر عدده بمجرد النظر كالالف ونحوه فهو غير محصور وما سهل كالعشرة والعشرين فهو محصور وبين الطرفين أوساط متشابهة تلحق باحد الطرفين بالظن وما وقع الشك فيه استفتى فيه القلب هذا كلام الغزالى انتهى كلام النووى (فرع) قال فى التمهيد قال مالك اذا أعطى فرسا فى سبيل الله فقيل له هو لك فى سبيل الله فله أن يبيعه وان قيل هو فى سبيل الله ركبه ورده وذكر ابن القاسم عن مالك قال قال مالك من حمل على فرس فى سبيل الله فلا أرى له أن ينتفع من ثمنه فى غير سبيل الله الا أن يقول له شأنك به فافعل به ما أردت فان قيل له ذلك فأراه مالا من ماله يعمل به فى غزوه واذا هو بلغه ما يعمل به فى ماله قال وكذلك لو أعطى ذهبا أو ورقا فى سبيل الله ومذهب مالك فيمن أعطى مالا ينفقه فى سبيل الله انه ينفقه فى الغزو فان فضلت منه فضلة بعد مامر غزوه لم يأخذها لنفسه وأعطاها فى سبيل الله أو ردها الى صاحبها انتهى من شرح الحديث السادس عشر لنافع عن ابن عمر وقال ابن يونس وما جعل فى سبيل الله من العلف والطعام لا يأخذ منه الا أهل الحاجة وما جعل فى المسجد من الماء فليشرب منه كل أحد لان القصد منه عموم الناس ولا مهانة فيه انتهى قال فى المسائل الملقوطة مسئلة فان قيل ما تقولون فى كتب العلم توجد على ظهورها وهوامشها كتابة الوقف هل للحاكم ان يحكم بكونها وقفا بذلك قيل هذا يختلف باختلاف قرائن الاحوال فان رأينا كتبا مودوعة فى خزانة فى مدرسة وعليها كتابة الوقف وقد مضى عليها مدة طويلة كذلك وقد اشتهرت بذلك لم يشك فى كونها وقفا وحكمها حكم المدرسة فى الوقفية فان انقطعت كتبها أو فقدت ثم وجدت وعليها تلك الوقفية وشهرة كتب المدرسة فى الوقفية معلومة فيكفى فى ذلك الاستفاضة ويثبت مصرفه بالاستفاضة واما اذا رأينا كتبا لا نعلم مقرها ولا نعلم من كتب عليها الوقفية فهذه يجب التوقف فى أمرها حتى يتبين حالها وهو عيب يثبت للمشترى به الرد فاذا تقرر هذا فينبغى الاعتماد على ما يوجد على أبواب الربط والمدارس والاحجار المكتوبة عليها الوقفية وتخليص شروطها اذا كانت تلك الأحجار قديمة واشتهر ذلك ويقبل قول المتولى لذلك الوقف فى مصرفه اذا لم يوجد كتاب الوقف انتهى من التبصرة انتهى كلام المسائل الملقوطة وقاله البرزلى وابن فرحون فى تبصرته والله أعلم ص ﴿ورجع ان انقطع لاقرب فقراء عصبة المحبس﴾ ش فان كان أهل المرجع أغنياء فقيل يرجع الى أولى

الحاجة الان يفضل عنهن * محمد أحسن ماسمعت ان ينظر الى حبسه أول ماحبس فان كان انما أراد المسكنة وأهل الحاجة جعل
مرجعه كذلك على من يرجع فان كانوا أغنياء لم يعطوا منها وان كان انما أراد مع ذلك القرابة واثرتهم رجع عليهم وأوثر أهل الحاجة
ان كان فيهم أغنياء قاله مالك وان كانوا كلهم أغنياء فهى لأقرب الناس فهؤلاء الاغنياء اذا كانوا فقراء محمد فان لم يكن فيهم فقير
ردت اليهم اذا استووا فى الغناء وكان أولاهم فيها الاقرب فالاقرب والذكر والانثى فيه سواء فى المرجع فان اشترط ان للذكر مثل
حظ الانثى فلا شرط له لأنه لم يتصدق عليهم ألا ترى انه لولم يكن أقعد به يوم المرجع الاخت أو بنت الابن ذلك لها وحدها وكذلك
اذا كان معها ذكر كان بينهما شرطين (فان ضاق قدم البنات) تقدم قول مالك الان يكون سعة فليبدأ باناث ذكور ولده
على العصبة (وعلى اثنين و بعدهما على الفقراء نصيب من مات لهم) ابن الحاجب لو حبس على زيد وعمرو ثم
على الفقراء فمات أحدهما فحصته للفقراء وان كانت غلة وان كانت كركوب دابة وشبهه فروايتان * ابن عرفة يؤخذان من قولى مالك فيمن حبس حائطا على قوم معينين فكانوا يلونه و يسقونه فمات أحدهم قبل طيب الثمرة فجميعها لبقية أصحابهم وان لم يلوا عملها وانما تقسم عليهم الغلة فنصيب الميت لرب النخل ثم رجع مالك الى رد ذلك لمن بقى و بهذا أخذ ابن القاسم ابن عرفة ففى نقل حظ معين من طبقة بموته لمن بقى فيها أولمن بعدها قولان بالاول أفتى ابن الحاج و بالثانى أفتى ابن رشد وألف كل منهما على
صاحبه ومن الكافى من حبس سيفا أودابة أو عبدا أوثوبا على رجلين حياتهما ثم جعلهما فى وجه آخر بعد وفاتهما فمات أحد
الرجلين رجع نصيبه على الآخر فاذا مات الآخر رجع فى الوجه الذى جعله فيه بعدهما وقد قيل يرجع نصيب الميت الاول الى الوجه
الذى جعل فيه بعدهما ولا يرجع نصيبه على الآخر ولو كان الشئ ينقسم وله غلة أوثمرة فمات أحدهما لم يرجع نصيبه على صاحبه
ورجع فى الوجه الآخر وان حبس عليهما مسكنا فذلك على وجهين ان حبسه عليهما للسكنى كما ذكرنا فى العبد والدابة والسيد
وان كان حبسه عليهما ليستغلاه كان كما ذكرنا فيما يتجزأ أو ينقسم (الا كعلى عشرة حياتهم فيملكه بعدهم) اللخمى ان قال
حبس على هؤلاء النفر وضرب أجلا أوقال حياتهم رجع ملكا اتفاقا واختلف ان لم يسم أجلا ولا حياة وقال أبو عمر من حبس على
رجل بعينه ولم يقل على ولده ولا جعل له مرجعا فاختلف فيه قول مالك قال أصحابه المدنيون يصرف لربه وقال المصريون

الناس بهم وقيل يرجع الى الفقراء والمساكين انتهى من وثائق الجزيرى وقال فى التوضيح
مايقتضى أن المشهور انه يرجع الى الفقراء والله أعلم ص ﴿ وعلى اثنين و بعدهما على الفقراء
نصيب من مات لهم ﴾ ش أنظر القاضى عبد الوهاب والفاكهانى فى شرح قول الرسالة ومن مات من
أهل الحبس رجع نصيبه على من بقى أنظر كلام ابن بطال فى مقنعه وأظنه فى النوادر وقد نقلت بعضه
فى الهبة فى الكلام على العمرى ومن هذا الباب مسئلتان سئلت عنهما احداهما فى أمرة أوقفت دارا
لها على ولدها عمر وعلى ذريته من بعده ثم على أولاد أولاده أبدا ماتناسلوا والطبقة العليا تحجب
الطبقة السفلى فتوفيت الواقفة وتسلم الوقف ولدها عمر المذكور ثم مات عن ذكر وثلاث بنات ثم
توفى من البنات اثنتان كل واحدة عن أولاد فهل لأولادهم حصة مع وجود خالهم وخالتهم أم لا فأجبت
لأولاد كل ميتة حصة والدتهم وليس لخالهم ولا لخالتهم فى ذلك شئ ولا يمنع من ذلك قول الواقف
الطبقة العليا تحجب الطبقة السفلى حسبما ذكر ابن رشد فى اثناء شرح المسئلة السادسة من أول رسم
من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس فى مسئلة من حبس على أولاده ثم على أولادهم من بعدهم أن
من مات منهم فحظه لولده دون اخوته وأطال فى ذلك وذكر ان غيره من أهل زمانه خالفه فى ذلك ثم
رد عليه وقال فى آخر الرد خطأ صراح وذكر ابن عرفة كلامه فى ذلك قبل الكلام على تحقيق
لفظ المحبس عليه فى مسئلة الوقف على زيد وعمرو ثم على الفقراء وذكر ابن رشد المسئلة أيضا فى
نوازله ونقلها عنه البرزلى أيضا فى مسائل الحبس وهذا الذى يؤخذ من قول الشيخ خليل وعلى
اثنين و بعدهما على الفقراء نصيب من مات منهم وأفتى بذلك الشيخ شمس الدين اللقانى وغيره فى
هذه اللفظة أعنى قوله الطبقة العليا تحجب الطبقة السفلى وان معناها ان الفروع لا تدخل
مع أصولهم ولا يشاركونهم وأن الولد يستحق ما كان لأبيه معتمدين على ماتقدم لابن رشد
من مسئلة الشيخ خليل هذه والله أعلم وأما اذا قال وأولادهم فيدخل أولاد الأولاد مع الاولاد كما
صرح به فى مسائل الحبس من أحكام ابن سهل فى مسئلة قطيع حبس من جنة وفى غيره والله أعلم

(والمسئلة الثانية) شخص أوقف ماله الفلانى على من سيولد له من ظهره من الاولاد ذكرا كان أو أنثى وعلى أولاد أولاده وأولاد أولاد أولاده أبدا ما تناسلوا وتعاقبوا بطنا بعد بطن وعقبا بعد عقب يدخل فى ذلك الابناء مع الآباء عدا أولاد البنات من بنيه وبنات بنيه ومن أسفل منهم فليس لهم دخول فى ذلك وقفا صحيحا على من سيولد من ظهره وعلى من ذكر بعدهم يدخل فى ذلك الابناء مع الآباء فهل قوله بطنا بعد بطن يمنع الطبقة السفلى من الدخول مع الطبقة العليا أم لا فان قلتم يمنع فما معنى قوله يدخل الابناء مع الآباء وان قلتم لا يمنع فهل يقيد دخول الابناء بوجود الآباء بحيث ان من مات أبوه لا يدخل لان دخوله كان مقيدا بوجود أبيه فأجبت لا أعلم هذه المسئلة بخصوصها منصوصة أعنى اذا قال الواقف بطنا بعد بطن ثم قال ويدخل الابناء مع الآباء والذى يظهر أن ذلك لا يمنع من دخول الابناء مع الآباء وكلام الواقف يدل على دخولهم مع آبائهم فى موضعين الاول منهما أنه عطف الابناء على الآباء بالواو وهى مقتضية لدخولهم معهم كما جزم بذلك علماؤنا (والثانى) وهو أقواهما تصريحهم بدخولهم مع الآباء مرتين وأما قوله بطنا بعد بطن وعقبا بعد عقب فالظاهر أنه انما أراد به التنصيص على تأكيد استمرار الوقف وتأبيده على الوجه الذى ذكره على جميع البطون والاعقاب واذا ظهر دخولهم فى الوقف مع آبائهم فدخول من مات أبوه فى الوقف بعد موت أبيه أحرى وأولى ولا يمنع من ذلك قول الواقف يدخل فى ذلك الابناء مع الآباء لان ذلك من باب مفهوم الموافقة الذى يكون فيه المسكوت عنه أولى بالحكم من المنطوق وهو المسمى بفحوى الخطاب لان من المعلوم ان الناس يقصدون أن يكون ما كان لكل واحد من أولادهم لاولاده بعد موته فاذا صرح الواقف بدخولهم مع أبيهم فى حياته فدخولهم بعد موته أولى وأحرى وأيضا فقد صرح علماؤنا فيما اذا وقف على أولاده ثم على أولادهم ثم أولاد أولادهم بأن الابناء لا يدخلون مع آبائهم قالوا فاذا مات ولد من أولاده وله أولاد فان أولاده يستحقون ما كان لابيهم ويدخلون فى الوقف مع وجود أعمامهم ولا يقال ان أولاد الاولاد لا يدخلون فى الوقف الا بعد انقراض جميع الاولاد هذا هو الصحيح المعمول به وأفتى شيوخنا المتأخرون الذين أدركناهم من أهل مصر وغيرهم بأن قول الواقف الطبقة العليا تحجب الطبقة السفلى انما يمنع من دخول الولد مع أبيه لا من دخوله مع أعمامه ومن فى طبقة أبيه فاذا صرح الواقف بدخول الاولاد مع آبائهم فلا يشك فى دخولهم بعد موته والله سبحانه وتعالى أعلم ومن هذا المعنى مسئلة راسلنى بها شيخنا العلامة أحمد بن عبد الغفار من المدينة ونصه وقعت لنا مسئلة بالمدينة وهى شخص وقف على أولاده وأولادهم وشرط ان الطبقة العليا تحجب الطبقة السفلى ثم قال على أن من مات وله ولد أنتقل نصيبه لولده فان لم يكن له ولد فنصيبه لمن هو فى طبقته من أهل الوقف فمات شخص من طبقته عن غير ولد وثم شخص فى طبقته الا ان أبا هذا الشخص موجود وهو محجوب به ليس له فى الوقف استحقاق فهل يكون نصيب هذا الميت لهذا المحجوب بأبيه عملا بقول الواقف لمن هو فى طبقته من أهل الوقف لانه من أهل الطبقة ومن أهل الوقف فى الجملة لانه من أولاد الواقف ولا يعارضه قول الواقف تحجب الطبقة العليا الطبقة السفلى لان معناه أن كل واحد من الطبقة يحجب فروعه لا فروع غيره أو لا يستحق شيأ لانه ليس من أهل الوقف الآن الا بالقوة لا بالفعل والظاهر من قول الواقف من أهل الوقف انما هو من كان مستحقا بالفعل الاحتمال الاول هو الذى ظهر لى ولم أجزم فى المسئلة بشئ فاكتب لى ما عندك فيها نقلا أو بحثا انتهى كلامه والله أعلم ص ﴿وفى كقنطرة

يرجع لاقرب الناس حبسا (وفى كقنطرة

لم يرج عودها فى مثلها) ابن عرفة شبه المصرف فى مثله ان تعذر قال ابن المكوى من حبس أرضا على مسجد فخرب وذهب أهله يجتهد القاضى فى حبسه بما يراه الباجى لو كانت أرض محبسة له من الموتى فضاقت بأهلها فلا بأس ان يدفنوا فى المسجد بجانبها وذلك حبس كله قاله ابن الماجشون ولأصبغ عن ابن القاسم فى مقبرة عفت لا بأس ببنيانها مسجدا وكلما كان لله فلا بأس ان يستعان ببعضه على بعض ومن نوازل البرزلى بل الفتيلة من قنديل المسجد وأخذ زيته لا يجوز ولو كان ذلك لمسجد آخر لجرى على الخلاف بين الاندلسيين والقرويين فى صرف الاحباس بعضها فى بعض وعلى الجواز العمل اليوم مثل صرف أحباس جامع الزيتونة لجامع الموحدين وأخذ حصره السنة بعد السنة وزيته كذلك وسئل ابن علاق عن حبس على طلاب العلم للغرباء انه ان لم يوجد غرباء دفع لغير الغرباء قال ويشهد لهذا فتيا سحنون فى فضل الزيت على المسجد انه يؤخذ منه فى مسجد آخر وفتيا ابن دحون فى حبس على حصن تغلب عليه يدفع فى حصن آخر قال وما كان لله واستغنى عنه فجائز ان يستعمل فى غير ذلك الوجه ماهو لله ومنها فتيا ابن رشد فى فضل غلات مسجد زائدة على حاجة ان يبنى بها مسجد تهدم وقال عياض ان جعل حبسه على وجه معين غير محصور كقوله حبس فى السبيل أو فى وقيد مسجد كذا أو اصلاح قنطرة كذا فحكمه حكم الحبس المبهم يوقف على التأبيد ولا يرجع ملكا فان تعذر ذلك الوجه بجلاء البلد أو فساد موضع القنطرة حتى يعلم انه لا يمكن ان تبنى وقف ان طمع بعوده الى حاله أو صرف فى مثله أنظر الباب السابع من العمرى من المنتقى (ولا وقف لها وصدقة لفلان فله) عياض ان قال مكان هو حبس أو وقف هى صدقة فان عين الشخص معين فهى ملك له وان قال دارى حبس على فلان وعين شخصا فاختلف فيه قول مالك هل يكون مؤبدا لا يرجع ملكا فان (٣٢) مات فلان رجعت حبسا لأقرب الناس بالمحبس على سنة مراجع الاحباس فان لم يكن له قرابة رجعت للفقراء والمساكين والقول الآخر انها ترجع بعد موت المحبس عليه ملكا للمحبس أو ورثته ان مات كالعمرى (أو للمساكين فرق ثمنها بالاجتهاد) تقدم نص عياض ان قال صدقة وجعلها لمجهولين غير محصورين كالمساكين فهى ملك لهم ويجتهد الناظر إذ لا يقدر على تعميمهم (ولا يشترط التنجيز) ابن شاس لا يشترط التنجيز كما اذا قال اذا جاء رأس الشهر فهو وقف أنظر بعد هذا قبل قوله وللاب اعتصارها (وحمل فى الاطلاق عليه) ابن الحاجب حكم مطلقه التنجيز ما لم يقيد باستقبال * ابن رشد لا خلاف ان من حبس أو وهب أو تصدق انه لا رجوع له فى ذلك ويقضى عليه بذلك ان كان لمعين اتفاقا ولغير معين باختلاف انتهى أنظر مذهب المدونة اذا اشترط المتقارضان ثلث الربح للمساكين انه لا يقضى عليهما به وسيأتى هذا عند قوله وان قال دارى صدقة (كتسوية أنثى بذكر) ابن عرفة صور الشيخ وأصبغ مسئلة ولد الاعيان على ان الولد ثلاثة وكذلك ولد الولد فتنقسم غلتها على عدد المحبس عليهم والذكر كالانثى ويقسم بالسوية ان استوت حالتهم وقال ابن رشد فى مسئلة ولد الاعيان انه لا يفضل الولد على ولد الولد قال هو خلاف قوله فى المدونة * ابن عرفة فى جواز التحبيس على البنين دون البنات وان تزوجن سبعة أقوال (ولا التأبيد) ابن شاس لا يشترط فى الحبس التأبيد بل لو قال على ان من احتاج منهم باع أو ان العين المحبسة تصير للآخرهم ملكا صح واتبع الشرط * محمد اذا قال دارى حبس على عقبى وهى للآخر منهم فانها تكون للآخر منهم بتلا وهى قبل ذلك محبسة فان كان آخرهم رجلا يرجى له عقب وقفت عليه فاذا مات ولم يعقب ورثها عنه ورثته لأنه تبين بموته انها قد صارت له (ولا تعيين مصرفه وصرف فى غالب والا فالفقراء) عياض أما لفظة الحبس المبهم كقوله دارى حبس فلا خلاف انها وقف مؤبد ولا ترجع ملكا وتصرف عند مالك فى الفقراء والمساكين وان كان فى الموضع عرف للوجوه التى توضع فيها الاحباس وتجعل لها حملت عليه (ولا قبول مستحقه الا المعين الاهل) ابن عرفة المحبس عليه ما جاز صرف منفعة الحبيس له أو فيه فان كان معينا يصح رده اعتبر قبوله وعبارة ابن شاس لا يشترط فى صحة

لم يرج عودها فى مثلها * ش قال البرزلى فى أوائل مسائل الحبس وان جعله على وجه معين غير محصور كقوله حبس فى السبيل أو فى وقيد مسجد أو إصلاح قنطرة كذا فحكمه حكم المبهم المتقدم ذكره ويوقف على التأبيد فان تعذر ذلك الوجه لخلاء البلد أو فساد موضع القنطرة حتى لا يمكن بناؤها وقف ان طمع بصرفه اليه أو صرفه فى مثله (قلت) وقعت بتونس حبس الأمير أبو الحسن كتبا للمدرسة ابتدأها بالقيروان وأخرى بتونس وجعل مقرها بيتا بجامع الزيتونة فاما أيس من تمامها قسمت الكتب على مدارس تونس انتهى ص * ولا يشترط التنجيز * ش ويصير كالمعتق الى أجل لان المعتق الى أجل لا يضره استحداث سيده دينا قبل الأجل وذلك يضر عند التحبيس

الموقوف عليه قبوله الا اذا كان معينا وكان مع ذلك أهلا للرد والقبول ثم اختلف هل قبوله شرط فى اختصاصه به خاصة أو فى أصل الوقفية فقال فى كتاب محمد من قال اعطوا فرسى فلانا فلم يقبله فقال مالك ان كان حبسا أعطى لغيره وان لم يكن حبسا رد الى ورثته وسئل ابن رشد عن رجل حبس فرسا على رجل يجاهد عليه على من يكون علفه قال لا يلزم المحبس علف الفرس الذى حبسه الا ان يشاء فان أبى المحبس عليه ان يعلفه رجع الى صاحبه ملكا ان كان حبسه عليه بعينه ولم يبتله فى السبيل فان كان بتله فى السبيل أخذ منه ان أبى ان ينفق عليه ودفع الى غيره ممن يلزم علفه و يجاهد عليه (فان رد فكالمنقطع) ابن الحاجب لا يشترط قبول الموقوف عليه الا ان كان معينا وأهلا فاذا رد بذلك فقيل يرجع ملكا وقيل يكون لغيره وذلك من نص ابن رشد ان حبسه عليه بعينه فأبى أن ينفق رجع الى صاحبه والا دفع لغيره * وللشيخ من أمر بشئ لسائل فلم يقبله دفع لغيره وقال مالك من جمع له ثمن كفن ثم كفنه رجل من عنده رد ما جمع لأهله قال ابن رشد هذا موافق للمدونة ان فضلت للمكاتب فضلة ردت على الذين أعانوه انتهى أنظر نحو هذا فى أول نوازل ابن سهل فيمن طاع بمال لأسير فهرب ذلك الاسير وأتى قومه بلا فداء قال بعضهم ذلك كالذى أخرج كسرة لمسكين فلم يجده وقال ابن زرب بل يرد الى صاحبه كما فى سماع أصبغ فى الجنائز ان مالكا قال فى قوم جمعوا دراهم يكفنون بها ميتا فكفنه رجل من عنده أن الدراهم ترد الى أهلها وقاله ابن القاسم وفى سماع عبد الملك فيمن أوصى بدنانير تنفق فى بناء دار محبسة فاستحقت أن الدنانير ترد الى الورثة وفى نوازل ابن الحاج فى قبر أنظر فصل الوصية من ابن سلمون (واتبع شرطه ان جاز) ابن الحاجب مهما شرط الواقف ما يجوز له اتبع كتخصيص مدرسة أو رباط أو أصحاب مذهب بعينه * الزاهى لو شرط الواقف ما يجوز أن يبدأ من غلتها بمنافع أهله ويترك اصلاح ما يتخرم منه بطل شرطه انتهى وانظر كثيرا ما يتفق أن يترك الحبس بلا اصلاح والمحبس عليه يستغله هل يلزمه فى ماله اصلاح ما وهى منه أنظر بعد هذا عند قوله لا يشترط اصلاحه وفى نوازل ابن سهل ان ترك الوكيل جنات المحجور عليه وكرومه وأهمل عمارتها حتى تبورت و يبست فعليه قيمة ما نقص منها لتضييعه اياها وذكر هذه المسئلة فى الحبس وان من كسر خشبة أعاد البنيان كما كان ولا يؤخذ منه قيمته ومن ابن عرفة ان كان علو وسفل لرجلين فلرب العلو رد تحبيس ذى السفل سفله لانه ان فسد منه شئ لم يجد من يصلحه له وكذا العكس (لتخصيص مذهب

قاله ابن عبد السلام قال ابن عرفة ما قاله ابن عبد السلام ظاهر ان لم يحز عنه وان حيز عنه فان له منفعته فى الأجل لغيره لم يضره حدوث الدين وان أبقاها لنفسه بطل بحدوث الدين على المشهور فى لغو حوز المستأجر لغيره وعلى اعماله لا يبطل به انتهى ص ﴿ واتبع شرطه ان جاز لتخصيص مذهب ﴾ ش مفهوم قوله ان جاز انه ان شرط ما لا يجوز لا يتبع وهذا والله أعلم اذا شرط شيأ متفقا على منعه والا فقد نص فى النوادر والمتيطية وغيرهما انه اذا شرط فى وقفه ان وجد فيه بثمن رغبة بيع واشترى غيره انه لا يجوز له ذلك فان وقع ونزل مضى وعمل بشرطه قال فى النوادر فى ترجمة الرجوع فى الحبس وهل يباع قال ابن الماجشون لا أرى ان يستثنى فى الدار أن يقول اذا وجد فى الدار ثمنا رغيبا فلتبع و يشتر بثمنها دارا وكذلك الأصول فان استثناه فى حبسه جاز ومضى انتهى وقال فى المتيطية فى ترجمة ما جاء فى مراجع الاحباس قال مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ فى الواضحة ولا يجوز ان يستثنى من الحبس فى الرباع ان وجد ثمنا رغيبا فقد أذنت فى بيع ذلك وان يبتاع بثمن ذلك ربعا مثله لان هذا لا يقع فيه من الحاجة الى بيع ذلك والعذر فى تغييره ما وقع فى البيع عند الحاجة وان استثناه مستثن جاز ومضى انتهى ونقله ابن سلمون أيضا ومن ذلك اشتراط اخراج البنات من الوقف اذا تزوجن وحصل ابن رشد فيها بعد الوقوع والنزول أربعة أقوال ولنذكر كلام العتبية وكلامه برمته لما فيه من الفوائد قال فى العتبية فى أثناء الرسم الاول من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس قال مالك من حبس حبسا على ذكور ولده وأخرج البنات منه اذا تزوجن فانى لا أرى ذلك جائزا له قال ابن القاسم فقلت لمالك أترى أن يبطل ذلك و يسجل الحبس قال نعم وذلك وجه الشأن فيه قال ابن القاسم ولكن اذا فات ذلك فهو على ما حبس قال ابن القاسم ان كان المحبس حيا ولم يحز الحبس فأرى ان يفسخه و يدخل فيه الاناث وان كان قد حيز اومات فهو كفوت و يكون على ما جعله عليه قال ابن رشد ظاهر قول مالك هذا أن الحبس لا يجوز و يبطل على كل حال خلاف مذهب ابن القاسم فى انه يمضى اذا فات ولا

ينقض وفوت الحبس عندى ان يحاز عن المحبس على ماقاله فى هذه الرواية أو يموت بريدأو يموت بعد أن حيز عنه ورأى ان الحبس اذالم يحز عن المحبس عنه أن يبطل الحبس و يدخل الاناث فيه وظاهر قوله وان كره ذلك المحبس عليهم مراعاة لقول من يقول ان الصدقات والهبات والاحباس لاتلزم ولا يجب الحكم بها حتى تقبض وقدروى عن مالك ان ذلك مكروه من العمل فعلى قوله هذا لايفسخ الحبس الآن يرضى المحبس عليهم بفسخه وهم كبار وذهب محمد بن المواز الى أن ذلك ليس باختلاف من قول مالك فقال انما يفعل ماقاله مالك من فسخ الحبس وان يجعله مسجدا انما ذلك مالم يأبه من حبس عليهم فان أبوا لم يجز له فسخه و يقر على ماحبس وان كان حيا الا ان يرضوا له برده وهم كبار قال مالك ان لم يخاصم فليرد الحبس حتى يجعله على صواب ظاهره ان كان لم يحز عنه وهو على قياس القول بان ذلك عنده مكروه من الفعل وقال ابن القاسم وان خوصم فليقره على حاله ومعنى ذلك على مذهبه ان كان قد حيز عنه وهو الذى ذهب اليه من التأويل فى هذه المسئلة عن ابن القاسم من انه فرق فى هذه الرواية فى فسخ الحبس بأن يحازى عنه أو لايحاز وقد تأول على ماحكاه محمد ابن المواز عن مالك وابن القاسم أنه ليس له أن يفسخ الحبس وان كان ذلك لم يحز عنه الا باذن المحبس عليهم ورضاهم وقد تأول أيضا ان له أن يفسخه وان كان قد حيز عنه وان أبى المحبس عليهم مراعاة لقول من لايرى اعمال الحبس جملة وهو ظاهر قول ابن القاسم فى رسم شك بعد هذا من هذا السماع وفى رسم نذر وتأول على قول مالك فى هذه الرواية ان الحبس يفسخ على كل حال وان مات المحبس عنه بعد أن حيز عنه الحبس فيتحصل على هذا فى المسئلة أربعة أقوال أحدها قول مالك هذا ان الحبس يفسخ على كل حال وان مات المحبس بعد ان حيز عنه الحبس و يرجع لملكه والثانى ان المحبس يفسخه و يدخل فيه البنات وان حيز عنه والثالث انه يفسخه و يدخل فيه البنات مالم يحز عنه فان حيز عنه لم يفعل الا برضا المحبس عليهم والرابع انه لايفسخه و يدخل فيه الاناث وان لم يحز عنه الا برضا المحبس عليهم انتهى وقال اللخمى واخراج البنات من الحبس اختلف فيه على ثلاثة أقوال فقال مالك فى المجموعة أكره ذلك وقال فى العتبية ان اخراج البنات ان تزوجن فالحبس باطل وقال ابن القاسم ان كان المحبس حيا فأرى أن يفسخه و يدخل فيه البنات وان حيز أومات فات وكان على ماحبسه عليه وقال أيضا ان كان المحبس حيا فليفسخه و يجعله مسجدا وان مات لم يفسخ فجعل له أن يرده بعد الحوز و يجعله مسجدا مالم يمت وقال ابن شعبان من أخرج البنات أبطل وقفه وهذا مثل قول مالك فى العتبية فعلى القول الاول يكره فان نزل مضى وعلى القول الآخر يبطل ان لم يشركهم فيه وعلى أحد قولى ابن القاسم يفسخ مالم يحزه وعلى القول الآخر يفسخ وان حيز مالم يفت انتهى ونقل ابن عرفة كلامهما برمته وقال اثر كلام ابن رشد قلت فى قوله هو على قياس قوله انه مكروه نظر لان المكروه اذا وقع أمضى ولم يفسخ وذكر الأربعة ابن زرقون وقال الاولان تأولا على قول مالك فى سماع ابن القاسم والثالث ظاهر قول ابن القاسم فى سماعه والرابع قول محمد وقال الباجى قبل ذكرها ابن زرقون قال قال ابن القاسم ان فات ذلك مضى على شرطه وان كان حيا ولم يحز عنه فأرى أن يرده و يدخل فيه البنات ونحوه لعيسى عن ابن القاسم وأنكره سحنون (قلت) انظر هل هذا زائد على الأربعة أوهو تقييد لماسوى الاول منها وان الثلاثة انما هى مالم يمت فان مات مضى وهو أبين ثم قال ففى الحبس على البنين دون البنات مطلقا أو ان تزوجن أربعة ابن رشد وخامسها جوازه وسادسها كراهته وسابعها فوته بحوزه والافسخه

ودخل فيه البنات للوقار ورواية ابن عبدوس واللخمى عن أول قولى ابن القاسم انتهى فعلى المشهور من ان اخراجهن لا يجوز مطلقا سواء بعد ان تزوجن أو قبل يتحصل فى ذلك بعد الوقوع والنزول خمسة أقوال الاول ان الحبس يفسخ على كل حال وان حيز عنه أو مات بعد ان حيز عنه و يرجع لمالكه وهو قول مالك فى العتبية الثانى أنه يفسخ و يرجع لمالكه مالم يحز عنه وهو قول ابن القاسم على مانقله اللخمى عنه الثالث انه يفسخ و يدخل فيه البنات وان حيز عنه وهو متأول على قول مالك فى العتبية الرابع أنه يفسخ و يدخل فيه البنات مالم يحز عنه لم يدخلن الا برضا المحبس عليهم وهو ظاهر قول ابن القاسم فى هذا السماع والخامس انه لا يفسخ و يدخل فيه الاناث وان لم يأخذ عنه الا برضا المحبس عليهم وهو قول محمد بن المواز عنه والله أعلم ومن ذلك مانقله اللخمى وغيره ونصه وان حبس دارا وشرط على المحبس عليه أن يرمها ان احتاجت لم يصح ذلك ابتداء وذلك كراء وليس بحبس فاذا نزل فقال فى المدونة مرمتها من غلتها فاجاز الحبس وأسقط الشرط وقال محمد يرد الحبس مالم يقبض انتهى وذكر مسائل من هذا المعنى فيما لا يجوز ابتداء واختلف فيه بعد الوقوع والنزول فراجعه والله أعلم وقال فى نوازل ابن رشد وسئل عمن حبس حبسا وشرط فى حبسه أنه ان تمادى به العمر واحتاج رجع فى حبسه و باعه وأنفقه على نفسه هل ينفذ الحبس و يجوز الشرط أو ينفذ الشرط و يبطل الحبس فاجاب بأن قال الشرط الذى ذكرت ان كان فى التحبيس يوجب صرف الحبس بعد موت المحبس الى معنى الوصية على مذهب مالك وأصحابه فان كان قدمات نفذ الحبس من ثلثه ان حمله الثلث وان لم يحمله فما حمل منه الثلث (فروع * الاول) قال فى رسم الاقضية الثالث من سماع أشهب من كتاب الحبس وسئل عن الرجل يحبس الحائط صدقة على المساكين أيقسم بينهم ثمرا أم يباع ثم يقسم الثمن بينهم فقال ذلك يختلف وذلك الى ماقال فيه المتصدق أو الى رأى الذى يلى ذلك واجتهاده ان كان المتصدق لم يقل فى ذلك شيأ ان رأى خيرا أن يبيع و يقسم ثمنه وان رأى خيرا أن يقسم ثمره قسمه ثمرا فذلك يختلف فربما كان الحائط نائيا بالمدينة فان حمل أضر ذلك بالمساكين حمله وربما كان فى الناس الحاجة الى الطعام فيكون ذلك خيرا لهم من الثمن فيقسم اذا كان هكذا فهو أفضل وخير وهذه صدقات عمر بن الخطاب رضى الله عنه منها مايباع فيقسم ثمنه ومنها مايقسم ثمرا ابن رشد هذا بين على ماقاله ان ذلك يصرف الى اجتهاد الناظر فى ذلك ان لم يقل المتصدق فى ذلك شيأ وان قال شيأ أو حد فيه حدا وجب أن يتبع قوله فى صدقته ولا يخالف فيما حده انتهى ونقله ابن بطال فى مقنعه ولفظه وفى المستخرجة من سماع أشهب من حبس حائطا على المساكين ان لم ينص الميت فى ذلك شيأ فالمتولى النظر فيه الاجتهاد ان رأى بيع الثمرة وقسم ذلك ثمنا فعل وان رأى خيرا للمساكين قسمته ثمرا فعل فرب حائط يبعد عن المدينة فيضر بهم حمله وربما كانت بالناس حاجة الى الطعام فيكون قسمته ثمرا خيرا لهم وهذه صدقات عمر تباع ثمرته ويقسم ثمنها فانما ذلك على النظر للمساكين انتهى ونقله فى الذخيرة عن الأبهرى عن مالك (الثانى) قال فى المسائل الملقوطة من أوقف وقفا على منافع الجامع صرف فى العمارة والحصر والزيت وغير ذلك ولا يعطى منه الامام والمؤذن ذكر ذلك الحفيد فى مختصره الصغير وكل جامع مسجد ولا ينعكس انتهى قال ابن رشد فى نوازله من أوقف على منافع مسجد وقفا صرف فى منافعه من بناء وحصر و بناء مارث من الجدرات انه لا يدخل فى ذلك الامام فان صرف للامام شئ من غلة الوقف فلا يرجع به عليه ولا ضمان على من دفع ذلك اليه لان المحبس لم ينص انه داخل فى التحبيس

ولا على انه خارج حكمنا بظاهر اللفظ فلم يدخل الا بيقين واذا قبض شيأ لم يغرمه اياه الا بيقين ولا يقين عندنا فى ذلك لاحتمال أن يكون المحبس قد أراد بحبسه خلاف ظاهر لفظه ولعل ابهام ذلك تقصير من الكاتب (الثالث) قال البرزلى فى مسائل الحبس سئل القابسى عمن حبس كتبا وشرط فى تحبيسه أنه لا يعطى الا كتاب بعد كتاب فاذا احتاج الطالب الى كتابين أو تكون كتبا شتى فهل يعطى كتابين منها أم لا يأخذ منها الا كتابا بعد كتاب فاجاب ان كان الطالب مأمونا واحتاج الى أكثر من كتاب أخذه لان غرض المحبس أن لا يضيع فاذا كان الطالب مأمونا أمن هذا وان كان غير معروف فلا يدفع اليه الا كتاب واحد وان كان من أنواع العلوم خشية الوقوع فى ضياع أكثر من واحد (قلت) تقدم بعض أحكام شروط الحبس من كلام أبى عمران وغيره وظاهره انه لا يتعدى ماشرطه لقوله عليه السلام المسلمون عند شروطهم وظاهر ما فى هذا السؤال انه يراعى قصد المحبس لا لفظه ومنه ماجرى به العرف فى بعض الكتب المحبسة يشترط عدم خروجها من المدرسة وجرت العادة فى هذا الوقت بخروجها بحضرة المدرسين ورضاهم وربما فعلوا ذلك فى أنفسهم ولغيرهم وهو والله أعلم لما أشار اليه هذا الشيخ لا لفظه ومثله مافعلته أنا فى مدرسة الشيخ التى بالقنطرة غيرت بعض أماكنها مثل الميضاة ورددتها بيتا ونقلتها الى محل البئر لانقطاع الساقية التى كانت تأتيها ورددت العلو المحبس على عقبه المذكور بيوتا لسكنى الطلبة بعد اعطاء علو من المحبس يقوم مقامه فى المنفعة بموجب مذكور فى محله وكزيادة فى رواتب طلبة لما أن كثروا ويدخل شئ من خراجها بحيث لو كان المحبس حاضر الارتضاه وكان ذلك كله برضا الناظر فى الحبس النظر التام كيف ظهر له الصواب يعطى حسبما ذلك مذكور فى كتاب التحبيس وعلى مراعاة لفظ المحبس فى شرطه أفتى بعض أصحابنا فيمن بنى مدرسة وجعل فيها بيوتا للسكنى وشرط فى أصل تحبيسها أن لا يسكنها الا من يصلى الصلوات الخمس فى مسجدها ان لم يكن اماما فى غيرها وان يحضر الحزب المرتب فيها القراءة القرآن ان كان قارئا ويحضر الميعاد فى وقته ومن لم يفعل ذلك فليس له سكنى فاجاب بان الشروط المذكورة يجب الوفاء بها ولا يجوز مخالفتها ومن هذا المعنى الدخول للمدارس لقضاء الحاجة بها والوضوء والشرب من مائها وهو لم يكن من أهلها ولا أعدت الميضأة والشرب الا لاهلها فسألت شيخنا الامام عنها فأجاب انه ان كان من جنس أهلها ساغ له ذلك لان الحبس لاهل ذلك الصنف وهو غير معين فمتى وجد ذلك الصنف جرى حكمه على ماصح لاهلها فان كان من غير صنف أهل ذلك الحبس فلا يجوز له وكذلك عارية بيت للسكنى من بعض أهل الحبس فان كان المستعير من أهل ذلك الحبس جاز والا لم يجز لوجهين لفقد ان شرط التحبيس عادة والتصرف فى المنفعة بالهبة وهو لم يؤذن له فى نفسه فقط ووقعت هذه المسئلة بالديار المصرية فسئلت عن المسئلة وأجبت بمنع عاريتها ثم انى فعلت ذلك استعرت بيتا فى مدرسة شيخون وآخر فى الناصرية فتعقب ذلك من فعلى ماذكره فأجبت بما قال شيخنا فسلم ذلك لى انتهى وذكره أيضا قبل هذا فى مسائل الشركة وذكر ذلك مع مسئلة النزول فى الوظائف (الرابع) قال فى المسائل الملقوطة سئل الشيخ تقى الدين اذا وقف كتاب على عامة المسلمين وشرط أن لا يعار الا برهن فهل يصح هذا الرهن أم لا فأجاب لا يصح هذا الرهن لانها غير مأمونة فى يد موقوف عليه ولا يقال لها عارية أيضا بل الآخذ لها ان كان من أهل الوقف مستحقا للانتفاع فيده عليها يد أمانة فشرط أخذ الرهن عليها فاسد ويكون فى يد الخازن للكتب أمانة لان فاسد العقود فى الضمان كصحيحها والرهن أمانة

هـذا اذا أريد الرهن الشرعي وأما ان أريد مدلوله لغة وان يكون تذكرة فيصح الشرط لانه غرض صحيح وأما اذا لم يعلم مراد الواقف فيحتمل أن يقال بالبطلان بالشرط حملا على المعنى الشرعي ويحتمل أن يقال بالصحة حملا على المعنى وهو الاقرب لصحته انتهى (الخامس) اذا خص مسجدا بمعينين فقال في أسئلة الشيخ عز الدين ابن عبد السلام الشافعي فيمن بنى مسجدا وشرط في وقفه أن لا يتولاه الا مالكي المذهب مثلا فهل يجب اتباع شرطه وتكون ولاية من خالفه باطلة أم لا واذا وجب اتباعه وتولاه من هو على شرطه ثم انتقل الى مذهب آخر هل تفسخ ولايته أم لا واذا لم يتحقق هذا الشرط من الواقف ولكن الغالب على أهل ذلك البلد اتباع مذهب كاهل الاسكندرية ومصر فهل يتنزل هـذا منزلة الشرط وما حكم الائتمام بهـذا الامام فأجاب ان وقف الواقف على مذهب معين لم يجز أن يتناوله غيره وان خص المسجد بمعينين لم يختص بهم واذا غلب في بعض البلاد مذهب على أئمة المساجد بحيث لا يكون فيها غيره حمل الوقف على ذلك ولا يستحقه من ينتقل عن مذهبه الى مذهب آخر وان كان هذا الامام معتقدا لجواز ما يتناول ذلك فلا بأس بالائتمام به وان كان يعتقد تحريمه فالائتمام به اقتداء بفاسق والله أعلم (السادس) قال في المسائل الملقوطة من ولاه الواقف على وظيفة بأجرة فاستناب فيها غيره ولم يباشر الوظيفة بنفسه فانه لا يجوز له تناول الاجرة ولا لنائبه لانه لم يباشر الوظيفة بنفسه وما عين له الناظر لا يستحقه الا بمباشرته بنفسه ولا عين الناظر النائب في الوظيفة فاتناوله حرام قاله الشيخ جمال الدين الاقفهسي المالكي انتهى يعني استناب فيها في غير أوقات الاعذار وأما اذا استناب في أيام العذر جاز له تناول ريع الوقف وأن يطلق لنائبه ما أحب من ذلك الريع ونقله القرافي في الفرق الخامس عشر والمائة والله أعلم (فرع) قال البرزلي في مسائل البيوع سألت شيخنا الفقيه الامام رحمه الله هل يجوز أن يأتي بوظيفة القراءة التي عليه في الصلاة فقال لكنه جعله اجارة انتهى ص ﴿ أو ناظر ﴾ ش قال ابن عرفة والنظر في الحبس لمن جعله اليه محبسه المتيطي يجعله لمن يثق به في دينه فان غفل المحبس عن ذلك كان النظر فيه للحاكم يقدم له من يرتضيه ويجعل للقائم به من كرائه ما يراه سدادا على حسب اجتهاده انتهى (قلت) قوله فان غفل المحبس عن ذلك كان النظر فيه للحاكم هذا والله أعلم اذا لم يكن المحبس عليه معينا مالكا أمر نفسه وأما ان كان مالكا أمر نفسه ولم يول المحبس على حبسه أحدا فهو الذي يحوزه ويتولاه يدل على ذلك غالب عبارات أهل المذهب في كتاب الحبس وكتاب الصدقة وكتاب الهبة من المدونة وكلام المصنف في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب وشرط الوقف حوزه صريح في ذلك وانظر مسئلة رسم شك في طوافه من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس ففيها اشارة الى ذلك وذكر فيها ان الناظر على الحبس اذا كان سيء النظر غير مأمون فان القاضي يعزله الا أن يكون المحبس عليه مالكا أمر نفسه ويرضى به ويستمر وفي رسم استأذن من سماع عيسى مسئلة تتعلق بالناظر قال فيها انه لا يوصي بالنظر عند موته ولكن ان كان المحبس حيا كان النظر له فيمن يقدمه وان كان مات فان كان المحبس عليهم كبارا أهل رضا تولوا حبسهم بأنفسهم والا قدم السلطان بنظره وان كان للمحبس وصي كان النظر له الا أن يكون المحبس قال لمن ولاه اذا حدث بك الموت فاسنده الى من شئت فانه يسنده لمن شاء وان أوصى وصيا على ماله وعلى من كان في حجره كان له النظر في الحبس والله أعلم وفي سماع سحنون مسئلة تدل على ان المحبس عليهم اذا كانوا كبارا تولوا حبسهم بأنفسهم وفي أحكام ابن سهل

أو ناظر) ابن عرفة النظر في الحبس لمن جعله اليه محبسه المتيطي يجعله لمن يوثق به في دينه وأمانته فان غفل المحبس عن ذلك كان النظر فيه للقاضي يقدم له من يقتضيه ويجعل للقائم به من كرائه ما يراه سدادا على حسب اجتهاده ابن عرفة فلو قدم المحبس من رآه لذلك أهلا فله عزله واستبداله

مايدل على ذلك فى مسئلة كراء الاحباس مدة طويلة وهى فى آخر ترجمة قطيع محبس باعته المحبسة وفى مسئلة الدار المحبسة على رجلين اكراها أحدهما وانظر النوادر فى ترجمة الحبس يزاد فيه أو يعمر من غلته وكراء الحبس السنين الكثيرة (تنبيهات * الأول) قال فى النوادر ومن المجموعة قال قال ابن كنانة فيمن حبس حبسا وجعل امرأته تليه وتقسمه بين بنيها بقدر حاجتهم فكانت تلى ذلك فماتت قال يلى ذلك من ورثها أهل حسن الرأى منهم انتهى من ترجمة جامع مسائل مختلفة من الاحباس والعمرى والخدمة وهذا العله فى بلد ليس فيه حاكم أوفيه ولايصل اليه ولايلتفت للنظر فى الاحباس أو يكون نظره فيها سببا الهلاكها وضيعتها والله أعلم ثم قال بعد ذلك فى ترجمة حوز الأب على من يولى عليه ومن كتاب ابن المواز قال ابن القاسم واذا حبس على أولاده الكبار والصغار حبسا وكل من يقوم به فذلك له فان بلغوا كلهم فأرادوا القيام بالحبس فليس لهم ذلك لانه لم يرض بهم والوكيل يقوم بحاله قال محمد ولو لم يكن فيهم كبير يوم وكل فلهم اذا كبروا قبض حبسهم فأما ان كان فيهم كبير فهو بمنزلة ان لو كانوا كبارا كلهم يومئذ انتهى وماقاله محمد اذا كانوا اصغارا كلهم ووكل عليهم ان لهم اذا كبر واقبض حبسهم انما يكون ذلك والله أعلم اذافهم ان ذلك مراد المحبس أوصرح بذلك والافالظاهر انه لاينزع من الناظر ما كان بيده ثم قال قال ابن القاسم فان مات الوكيل فليس له أن يوصى به الى غيره الاأن يكون جعل ذلك الأب اليه قال أصبغ وليرجع القيام بذلك الى المحبس أو وصيه انتهى فتأمله (الثانى) علم من كلام ابن القاسم ان الواقف اذا جعل النظر لشخص فليس للناظر أن يوصى بالنظر لأحد غيره الاأن يجعله له الواقف وقد تقدم ذلك أيضا فى مسئلة رسم استاذن من سماع عيسى وانه ليس له أن يوصى به الاأن يقول له اجعله الى من شئت ويؤخذ ذلك أيضا مما نقله فى التوضيح فى باب الأقضية كل من ملك حقا على وجه لا ملك معه عزله فليس له أن يوصى به كالقاضى والوكيل ولو مفوضا وخليفة القاضى للأيتام وشبه ذلك انتهى (الثالث) لوغاب الناظر فى بلدة بعيدة واحتاج الحبس الى من ينظر فى بعض شأنه فهل للقاضى أن ينظر فى ذلك أو يوقف الأمر حتى يأتى الغائب الظاهر أن للقاضى أن ينظر فى ذلك ويمضى مافعله فى غيبة الناظر وليس للناظر ابطال مافعله القاضى فى غيبته ولم أر فى ذلك نصا إلا فتيا وجدت منسوبة لبعض المالكية يسمى على بن الجلال وصورتها (ماتقول) السادات العلماء فى درس بمكة به مدرس وطلبة وناظر وقفه غائب بالقاهرة فشغرت وظيفة طلب بالدرس المذكور بحكم وفاة من كان بها فولى قاضى مكة تلك الوظيفة شخصا لغيبة الناظر على الوقف المذكور بالقاهرة أوغيرها من البلاد الشاسعة فهل تصح توليته أم لا واذا صحت التولية فهل للناظر بعد ان بلغه تولية القاضى المذكور أن يولى شخصا آخر خلاف من ولاه القاضى معتقدا أن القاضى لانظر له أوليس له ذلك (فأجاب) ولاية قاضى مكة للشخص المذكور الوظيفة عند غيبة الناظر للمدرسة الغيبة البعيدة وشغور الوظيفة عمن كان بها بموته صحيحة واقعة بمحلها لانه ولى من لاولى له كالمرأة اذا غاب وليها واحتاجت الى التزويج فليس للناظر ابطال ماوقع من توليه الحاكم والحالة هذه والله أعلم وكتبه على بن الجلال المالكى وأجاب بمثل ذلك الشافعية والحنفية والحنابلة وأجاب سراج الدين عمر البلقينى الشافعى بمانصه نعم يصح تولية القاضى الوظيفة لمن ذكر وليس للناظر أن يولى شخصا آخر خلاف من ولاه القاضى والاعتقاد المذكور غير صحيح وأجاب الشيخ ابراهيم الانبابى الشافعى بما أجاب به البلقينى وكذا أجاب كل من الشيخ محمد بن أحمد السعودى الحنفى والشيخ

عبد المنعم البغدادى الحنبلى بمثل ذلك والله أعلم وبذلك أيضا أفتى بعض أهل العصر وقال للقاضى أن يقرر فى ذلك وينظر واحتج بان أصل مذهب مالك القضاء على الغائب فى سائر الحقوق اذا كانت غيبته غيبة بعيدة وبان من يريد التقرير مثلا فى الوظيفة فى الوقف له شبه الحق على الناظر فى وجوب انفاذ أمر الواقف وعدم تعطيل وقفه فاذا عين القاضى المذكور من هو أهل لها كان كحكمه عليه فيما يدعى به وقد قال أهل المذهب فيما اذا ادعى على غائب بدين ساغ للحاكم أن يبيع دار الغائب لقضاء الدين ثم اذا قدم الغائب ببراءة أو بما يترك عنه الحق ان البيع ماض ويتبع بالثمن من أخذه فاذا مضى حكم القاضى على الغائب فيما هو ملك له شرعا فأحرى أن يمضى التقرير فى الوظيفة المذكورة اذ ليس ملكا له ويشهد لذلك انه اذا غاب ولى المرأة زوجها الحاكم وبما قاله أيضا فى ترجمة القضاء على الغائب من النوادر ونصه قال عبد الملك اذا كان الغائب صغيرا لم يضرب له أجلا لانه لو حضر لم يكن يدافع عن نفسه ولا أخذها ولكن ان كان فى ولاية أحد غائب ضرب لوليه أجلا وان حضر خاصم عنه وان لم يحضر حكم عليه وأشهد وان لم يكن عليه ولى فليول عليه الحاكم وليا يكون وليا له فى هذه الخصومة وغيرها ثم يحكم عليه وليه له ولا يخصه بالولاية فى هذه الخصومة فقط فيكون قد نصب له وكيلا يخاصم عنه وهذا لا يكون انتهى كلام المفتى وقوله وان لم يحضر حكم عليه وأشهد لم أرها فى النوادر ورأيتها بخط المفتى مزادة فى الهامش والله أعلم ويبقى هنا مسئلة وهى لو جعل الواقف النظر فى ذلك لشخص غائب عن البلد واقامته انما هى فى بلدة أخرى ولا يمكن ان يأتى الى بلد الواقف كما لو جعل النظر فى حبسه الذى بمكة لمن كان سلطانا بمصر فالظاهر هنا انه ليس للقاضى ان ينظر فى ذلك ويوقف الأمر الى أن يعلم ما يأمر به الناظر فتأمله والله أعلم (الرابع) قال ابن عرفة لو قدم المحبس من رأى لذلك أهلا فله عزله واستبداله سمع ابن القاسم من حبس على بنات له وقد بلغن فخزن أموالهن وكان عمهن يلى حبسهن فاتهمنه فى غلتهن وطلب بعضهن أن يوكل لحقه فان كان حسن النظر لم يكن له ذلك وان كان على غير ذلك جعل معه من يوكله بذلك ابن رشد معناه ان العم قدمه المحبس ولو كان بتقديمهن له لكان لمن شاء منهن توكيل غيره على حقها ولم يكن للسلطان فى ذلك نظر وقوله ان كان على غير ذلك يريد سيء النظر أو غير مأمون وانما رأى أن توكل لحقها ولم تعزله لانه رضيه بعضهن ولو لم ترضه واحدة منهن لعزله القاضى عنهن ولو كن غير مالكات لأنفسهن لوجب تقديم السلطان غيره وقال ابن دحون لو اتهمه جميعهن لكان لهن عزله وانما بقى لانهن اختلفن فى تهمته وفى قوله نظر (قلت) قول ابن دحون هو معنى متقدم قول ابن رشد فتأمله ونزلت فى حبس حبسته حرة أخت أمير بلدنا وجعلته بيد شيخنا ابن عبد السلام على انه يدرس به ثم نقلته لشيخنا ابن سلامة فقبله وشهد فى العزل والتولية جميع الشهود الذين كانوا حينئذ منتصبين للشهادة وعلموا ذلك بالتفريط اه ولكن فى استدلاله بالمسئلة المذكورة لذلك نظر لا يخفى فتأمله وقال البرزلى وسأل ابن دحون ابن زرب عن الوصى يتخلى عن النظر الى رجل آخر قال ذلك جائز وينزل منزلته قيل له فلو أراد العودة فى نظره قال ليس له ذلك وقد تخلى منه الى الذى وكله (قلت) يؤخذ من هذا ان من حبس شيأ وجعله على يد غيره ثم أراد عزله فليس له ذلك الا بموجب يظهر كالقاضى اذا قدم أحدا ونزلت بشيخنا الامام وكان يقدم على احباسه من يستحسنه ويعزل من يظهر له عزله وهو عندى صواب لان نظر المحبس أقوى من نظر القاضى فى حبسه فلا يتسور عليه فيه مادام حيا كما له التقديم فى حياته وبعد مماته من غير أن

ينظر عليه أحد من قاض أو غيره انتهى والله أعلم (الخامس) قال ابن عرفة ابن فتوح للقاضى تقديم من ينظر فى أحباس المسلمين ولا يرتفع تقديمه بموته و يرتفع برفعه من ولى بعده انتهى قال البرزلى وفى الوثائق المجموعة اذا قدم القاضى أحدا على الحبس فلا يعزله من جاء بعده الا بموجب لانه كحكمه فى القضايا انتهى (السادس) قال ابن عرفة عن ابن فتوح للقاضى أن يجعل لمن قدمه للنظر فى الأحباس رزقا معلوما فى كل شهر باجتهاده فى قدر ذلك بحسب عمله وفعله الأئمة ابن عتاب عن المشاور ولا يكون أجره الا من بيت المال فان أخذها من الأحباس أخذت منه ورجع باجره فى بيت المال فان لم يعطمنها فاجره على الله وانما لم يجعل له فيها شئ لانه تغيير للوصايا وبمثل قول المشاور أفتى ابن ورد وقال لا يجوز أخذ أجرته من الأحباس الا أن يحمل على من حبس وخالفه عبد الحق وابن عطية وقال ذلك جائز لا أعلم فيه نص خلاف انتهى ونقل البرزلى كلام عبد الحق وابن عطية والله أعلم (السابع) قال البرزلى وسئل السيورى عن امام مسجد ومؤذنه ومتولى جميع أموره قام عليه محتسب بعد أعوام فى غلة حوانيت له وقال فضلت فضلة عما أنفقت وقال لم يفضل شئ فقال له بين للقاضى صفة الخروج فقال لا يجب على ذلك ولو علمت أنه يجب على ما توليته ولا قمت به ولا يوجد من يقوم به الا هو ولولا هو لضاع هل يقبل قوله أم لا فاجاب القول قوله فيما زعم انه أخرجه اذا كان يشبه ما قال * البرزلى وهذا اذا لم يشترط عليه دخلا ولا خرجا الا باشهاد انتهى (الثامن) قال فى النوادر القائم بالحبس اذا قال أعمرها من مالى ثم قال انما عمرتها من الغلة جاز قال فان قال من الغلة أنفقت فقد أنفذ الوصية وان قال من مالى عمرتها حلف ورجع بذلك فى الغلة ولا يضره قوله أعمرتها من مالى انتهى ويفهم منه ان للقائم على الحبس أن يستقرض عليه و يعمره والله أعلم (التاسع) لا يجوز للقاضى ولا للناظر التصرف الا على وجه النظر ولا يجوز على غير ذلك ولا يجوز للقاضى أن يجعل بيد الناظر التصرف كيف شاء وتقدم كلام البرزلى فى آخر الاقرار عند قوله وان أبرأ فلانا ص ﴿أو تبدئة فلان بكذا وان من غلة ثانى عام ان لم يقل من غلة كل عام﴾ ش تصوره واضح وكلامه شامل لما فرضه فى المدونة من تبدئة فلان من غلة ثانى عام ولما فرضه المتيطى من تبدئته من غلة العام الماضى ان كان بقى منها شئ والغلة والمبالغة بان فى قوله وان من غلة ثانى عام ترشد لذلك فتأمله قال فى كتاب الوصايا الثانى من المدونة ومن أوصى لرجل بدينار من غلة داره كل سنة أو بخمسة أوسق من غلة حائطه كل عام والثلث يحمل الدار أو الحائط فاخذ ذلك عاما ثم بار ذلك أعواما فللموصى له أخذ وصيته كل عام مابقى من غلة العام الأول شئ فان لم يبق منه شئ فاذا أغل ذلك أخذ منه لكل عام مضى ولم يأخذ منه شيأ ولو أكروا الدار فى أول سنة بعشرة دنانير فضاعت الا دينارا كان ذلك للموصى له لان كراء الدار لا شئ للورثة منه الا بعد أخذ الموصى له منه وصيته وكذلك غلة الجنان أو غيره ولو قال اعطوه من غلة كل سنة خمسة أوسق أو من كراء كل سنة دينارا لم يكن له ان يأخذ غلة سنة عن سنة أخرى لم تغل ولو أكريت الدار أول عام باقل من دينار أو جاءت النخل باقل من خمسة أوسق لم يرجع بتمام ذلك فى عام بعده انتهى ولو طلب ان يوقف له من غلة العام الأول شئ أو يعطاه فى الصورة الاولى فهل يجاب الى ذلك فى الصورة الاولى قال اللخمى وان اغتلت أول سنة عشرة دنانير وأخذ دينارا و بقى تسعة نظر فى ذلك فان كانت الدار مامونة أنها لا تبور أو ان بارت تأتى كل سنة باكثر من دينار أخذ الورثة هذه التسعة وان كان يخشى ان لا تأتى بذلك وقف منها ما يخاف أن لا يأتى به الا أن يكون الوارث مأمونا غير ملد ولا ممتنع

(أو تبدئة فلان بكذا وان من غلة ثانى عام ان لم يقل من غلة كل عام) المتيطى اذا شرط المحبس فى حبسه أن ينفق من غلته على فلان كذا فى كل عام أو يخرج منه كذا ربعا من زيت لمسجد كذا أو شرط ذلك لنفسه حياته جاز ان كان المستثنى أقل من الثلث والا بطل الحبس ان كان هو الحائز على من يلى وان كان الحائز من قبض لنفسه بطل ماوقع فيه الشرط انتهى وانظر فرق بين أن يقول يجرى من غلة حبسى على فلان كل عام كذا وكذا و بين أن يجرى على فلان من غلة كل عام كذا وكذا ففى الوجه الواحد يقول ان لم يكن فى هذا العام غلة أخذ مثل ذلك من العام الآخر وفى الوجه الآخر لا شئ له

(أوان من احتاج اليه من المحبس عليه باع) تقدم نص ابن شاس بهذا عند قوله ولا التأبيد وفى كتاب ابن المواز قال مالك من حبس داره على ولده وقال فى حبسه ان احتاجوا أو اجتمع ملؤهم على بيعها باعوها واقتسموا الثمن بينهم بالسواء ذكورهم واناثهم فهلكوا جميعا الا واحدا فأراد بيعها فقال مالك ذلك له ولا حق فيها لأحد من ولد بنات المحبس ان طلبوا ميراثهم وقاله ابن القاسم لانه بتلها خاصة فى صحته فليس لسواهم من ورثة أبيهم فيها حق (وان تسور عليه قاض أوغيره رجع له أولورثته) المتيطى ان شرط المحبس فى حبسه انه ان نظر قاض أوغيره فى حبسه هذا فجميعه راجع اليه ان كان حيا أولورثته ان كان ميتا أوصدقة بتلة على فلان فله شرطه (كعلى ولدى ولا ولد له) ابن المواز قال مالك من حبس على ولده ولا ولد له فله أن يبيع فان ولد له فلا يبيع وقال ابن القاسم ليس له أن يبيع حتى يؤيس له من الولد وأما ان مات الأب قبل أن يولد له فلا حبس ويصير ميراثا (لا بشرط اصلاحه على مستحقه) من المدونة قال ابن القاسم من حبس دارا على رجل وولده وولد ولده واشترط على الذى حبس عليه اصلاح مايرث منها من ماله لم يجز وهذا كراء مجهول ولكن يمضى ذلك وتكون مرمتها من غلتها لانها فاتت فى سبيل الله فلا يشبه البيوع وقد قال مالك ان حبس على رجل فرسا واشترط عليه نفقته سنة أوسنتين ثم هو له ملك بعد الاجل انه لا خير فيه اذ قد يهلك قبل تمام السنتين فيذهب علفه باطلا (كأرض موظفة الا من غلتها على الاصح) للمتيطى فى هذا كلام طويل ومنه اذا تصدق على مساكين أومسجد بملك موظف نظر القاضى فى ذلك فان كان قبوله بوظيفة نظرا للمسجد أوللمساكين قبله وأمضى الحبس أوالصدقة والا فسخ ذلك ورده على صاحبه وكذلك الاب فيما تصدق به كذلك على ولده راجع كتاب الصدقة من المتيطى (أوعدم بدء باصلاحه) تقدم قول ابن شعبان شرط الواقف البداءة بمنافع الموقوف عليه على اصلاحه باطل أنظر عند قوله واتبع شرطه (ونفقة) أنظر أنت ما المراد بهذا هل هو يعنى ما تقدم من قبل قوله فان رد فكمنقطع وقد تقدم أن من دفع فرسا لمن يغزو عليه سنتين وينفق عليه فيهما ثم هو له

ملك انه لا خير فيه (واخرج الساكن الموقوف عليه

ورضى ان يأخذها فى ذمته فيكون أحق بها لان له فيها شبهة الملك والوقف غير مفيد للموصى له انتهى
ص * أوان من احتاج اليه من المحبس عليه باع وان تسور عليه قاض أوغيره رجع له أولوارثه *

للسكنى ان لم يصلح لتكرى له) اللخمى النفقة على الحبس ستة اقسام قسم

نفقته من غلته ان كان على مجهول أوعلى المحبس عليه ان كان على معين وذلك ديار الغلة والحوائط والفنادق ونفقتها ان احتاجت الى اصلاح من غلتها وان كانت الديار للسكنى خير المحبس عليه بين أن يصلح أو يخرج فتكرى بما تصلح به ثم يعود (وأنفق فى كفرس لغزو من بيت المال فان عدم بيع وعوض به سلاح) اللخمى وقسم لا ينفق عليه من غلته كان على معين أومجهول وذلك الخيل لا تؤاجر فى النفقة فان كانت حبسا فى السبيل فمن بيت المال وان لم يكن بيعت ويشترى بالثمن مالا يحتاج الى نفقته كالسلاح والدروع وان كانت حبسا على معين أنفق عليها فان قبلها على ذلك والا فلا شئ له (كمالو كلب) من المدونة قال مالك ماضعف من الدواب المحبسة فى سبيل الله حتى لا يكون فيه قوة على الغزو بيعت واشترى بثمنها ماينتفع به من الخيل فيجعل فى السبيل قال ابن القاسم فان لم يبلغ ثمن فرس أوهجين أو برذون فليعن بذلك فى ثمن فرس قال ابن وهب عن مالك وكذلك الفرس يكلب ويخبث قال ابن القاسم وما بلى من الثياب المحبسة ولم يبق فيها منفعة بيعت واشترى بثمنها ثياب ينتفع بها فان لم تبلغ تصدق به فى السبيل (و بيع مالا ينتفع به من غير عقار فى مثله أوشقصه) ابن شاس روى ابن القاسم ماسوى العقار اذا ذهبت منفعته التى وقف لها كالفرس يكلب أو يهرم بحيث لا ينتفع به فيها وقوله أو الثوب يخلق بحيث لا ينتفع به فى الوجه الذى وقف له وشبه ذلك انه يجوز بيعه ويصرف ثمنه فى مثله و يجعل مكانه فان لم يصل ثمنه الى كامل من جنسه جعل فى شقص من مثله انظر عند قوله كمالو كلب (كأن أتلف) ابن شاس من هدم حبسا من أهل الحبس أومن غيرهم فعليه أن يرد البنيان كما كان ولا تؤخذ منه القيمة وأما ان قتل حيوانا وقف كالعبد والدابة أخذت منه القيمة فاشترى بها مثله وجعل وقفا مكانه فان لم يوجد مثله فشقص من مثله * ابن عرفة ظاهر المدونة أن الواجب فى الهدم القيمة مطلقا انظر هذا مع ما تقدم عند قوله واتبع شرطه (وفضل الذكور وما كبر من الاناث فى اناث) * ابن عرفة ولد الحيوان المحبس مثله سمع ابن القاسم ماولدت بقرات حبست يقسم لبنها فى المساكين من أنثى حبست معها و يحبس ولدها الذكر لنزوها وما فضل من ذكورها وما كبرت من أنثى فذهب لبنها بيعا ورد ثمنهما فى اناث أوفى علوفتها * ابن رشد وهذا قول المدونة ماضعف من دواب

حبس السبيل أو بلي من ثيابه فذهبت منفعته بيع ورد من ثمن الدواب في خيل فان لم تبلغ ثمن فرس أو هجين أو برذون أعين به في ثمن فرس ورد ثمن الثياب في ثياب فان قصر من ثمن ماينتفع به فرق في السبيل (لا عقار وان خرب) ابن عرفة من المدونة وغيرها يمنع بيع ماخرب من ربع الحبس مطلقا قال ابن الجهم انما لم يبع الربع المحبس اذا خرب لانه يجد من يصلحه باجارته سنين فيعود كما كان * ابن رشد وفيها لربيعة ان الامام يبيع الربع اذا رأى ذلك لخرابه وهو احدى روايتي أبي الفرج عن مالك اهـ من ابن عرفة ثم قال في جواز المناقلة لربع غير خرب قولا الشيخ في رسالته وابن شعبان وعبارة الرسالة ولا يباع الحبس وان خرب ثم قال واختلف في المعاوضة بالربع الخرب بربع غير خرب وقال ابن رشد ان كانت هذه القطعة من الارض المحبسة انقطعت منفعتها جملة وعجز عن عمارتها وكرائها فلا بأس بالمعاوضة فيها بمكان يكون حبسا مكانها ويكون ذلك بحكم من القاضي بعد ثبوت ذلك السبب والغبطة في ذلك للعوض عنه ويسجل ذلك ويشهد به اهـ وانظر من عهد بمال ليشترى به ملك فيحبس ليس هذا الحبس كمن يشترى ملكا لنفسه فحبسه لان هذا انما اشترى الحبس للايصاء اليه بذلك فلم ينتقل الملك عما كان عليه وتحبيسه انما هو اعلام فانه انما اشترى من مال الموصى على ماأوصى به اليه هكذا في نوازل عياض عن ابن رشد وانظر أيضا من باب بيع مااشترى من وفر فوائد أحباس المساجد اذا احتيج لبيعه وانظر في النوازل المذكورة فقد ذكر عن ابن الحاجب مايعارض هذا (ونقض) الزاهي لايباع نقض المحبس وأجاز بعض أصحابنا بيعه ولا أقوله وفي الطرر عن ابن عبد الغفور لايجوز بيع مواضع المساجد الخربة لانها وقف ولا بأس ببيع نقضها اذا خيف عليه الفساد للضرورة الى ذلك وتوقيفه لها ان رجى عمارتها أمثل وان لم يرج عمارتها بيع وأعين بثمنها في غيره أوصرف النقض الى غيره وحكى عن أحمد انه ان فقد أهل المسجد ولم ترج له عمارة انه يباع أصله وينفق في أقرب المساجد اليه وهو شبيه بما قيل في الفرس المحبس يكلب ويذكر عن ابن مزين انه يؤخذ نقضه وينتفع به في سائر المساجد ويترك ما يكون علما له لئلا يدرس أثره ونحوه حكى ابن حبيب عن غير ابن القاسم قال الموثق جرى العمل عندنا ببيع مالانفع فيه وكذلك قال المشاور في شقص محبس على المساكين أو غيرهم انه يباع الجميع ويشترى بما يقع منه للحبس مثل مابيع فيه فيكون صدقة محبسة مسبلة كما سبلها صاحبها قال وبه العمل قال وهي في الواضحة منصوصة وأفتى ابن عرفة في جوامع خربت وأيس من عمارتها برفع انقاضها الى مساجد عامرة احتاجت اليها (ولو بغير خرب) قد تقدم نص المدونة لايباع الحبس وان خرب واختلف في المعاوضة به وكذلك نقلها ابن عرفة مسئلتين وكذلك خليل (الا لتوسيع كمسجد) سحنون لم يجز أصحابنا بيع الحبس بحال الا دارا بجوار مسجد احتيج أن يضاف اليها ليتوسع بها فأجازوا بيع ذلك ويشترى بثمنها دارا تكون حبسا وقد ادخل في مسجد النبي صلى الله عليه وسلم دور محبسة كانت تليه * ابن رشد ظاهر سماع ابن القاسم ان ذلك جائز في كل مسجد كقول سحنون وفي النوادر عن مالك والاخوين وأصبغ وابن عبد الحكم أن ذلك انما يجوز في مساجد الجوامع ان احتيج الى ذلك ولا في مساجد الجماعات اذ ليست الضرورة فيها كالجوامع وعن عبد الملك لا بأس ببيع الدار المحبسة وغيرها ويكره الناس السلطان على بيعها اذا احتاج الناس اليها لجامعهم الذي فيه الخطبة وكذلك الطريق اليها الا الى المساجد الذي لا خطبة فيها والطرق التي في القبائل لاقوام قال مطرف واذا كان النهر بجانب طريق عظمى من طرق المسلمين التي يسلك عليها العامة فحفرها حتى قطعها فان أهل تلك الارض التي حولها يجبرون على بيع مايوسع به الطريق (ولو جبرا) * ابن رشد واختلف متأخرو الشيوخ ان امتنعوا من البيع للمسجد فقال أكثرهم تؤخذ منهم بالقيمة جبرا وهو الآتي على سماع ابن القاسم انه لا يحكم عليهم بجعل الثمن في دار أخرى * ابن عرفة في هذا نظر انتهى أنظر قد ذكروا نظائر لهاتين المسئلتين من انهارت بئره والماء لمن به عطش والمحتكر ومثل جار الطريق جار الساقية وكذلك العلج لفداء مسلم والفرس يطلبه السلطان ان لم يدفع له جبر الناس والفدان في قرب الجبل اذا احتاج الناس اليه لتخلصهم لأجل وعره (وأمروا بجعل ثمنه في غيره) تقدم قول ابن عرفة في قول ابن رشد نظر وتقدم نص سحنون ويشترى بثمنها دارا تكون حبسا (ومن هدم وقفا فعليه اعادته) تقدم هذا عند قوله كان أتلف

ش قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب والوقف لازم ولو قال لي الخيار مانصه قد قال جماعة ان المحبس اذا شرط في حبسه أنه ان ذهب قاض أو غيره الى التسور على حبسه أو النظر فيه فجميع حبسه راجع اليه ان كان حيا أو الى ورثته أو صدقة لفلان ان له شرطه وكذلك قالوا اذا شرط

ان من احتاج من المحبس عليهم باع الحبس انه يصح هذا الشرط ولزم المحبس عليه اثبات حاجته واليمين على ذلك الا ان يشترط المحبس انه مصدق فله البيع من غير اثبات انتهى وقال البرزلى قال فى الوثائق المجموعة اذا لم يقل يصدق فعليه اثبات الحاجة و يحلف انه لا مال له باطن يكتمه ولا ظاهر يعلمه فحينئذ يبيعه انتهى وقال المتيطى فان شرط المحبس ان من ادعى منهم حاجة فهو مصدق فيصدق و ينفذ الشرط ومن ادعى منهم حاجة ولم يثبت غناه انطلق يده على بيعه انتهى والمسئلة الاولى فى كلام المؤلف هنا الثانية فى كلام التوضيح وأصلها فى رسم سلعة سماها من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس قال سئل مالك عن رجل جعل داره حبسا صدقة على ولده لا تباع الا أن يحتاجوا الى بيعها فان احتاجوا اليها واجتمع ملؤهم على ذلك باعوا فاقتسموا ثمنها الذكر والانثى فيه سواء فهلكوا جميعا الا رجلا منهم فاراد بيعها اذ ذلك له وقد احتاج الى بيعها قال نعم فقيل له ان امرأة ثم وهى بنت أخت الباقى الذى يريد أن يبيع وهى من بنات المحبس قالت ان بعت فأنا آخذ ميراثى من أمى قال لا أرى لها فى ذلك شيأ قال ابن القاسم ولو اجتمع ملؤهم على بيعها قسموا ثمنها على الذكر والانثى سواء لانها صدقة حاز وها وليست ترجع بما يرجع المواريث الى عصبة الذى تصدق بها ابن رشد قوله الا ان يحتاجوا الى بيعها يريد أو يحتاج أحدهم الى بيع حظه منها قل الحبس لكثرة عددهم أو كثر لقلتهم فيكون لهم و يبطل الحبس فيه و يكون ثمنه مالا من ماله وكذلك ان احتاجوا كلهم فباعوا كان الثمن لهم مالا من مالهم على قدر حقهم فى الحبس قلوا أو كثروا فان لم يبق الا واحد فاحتاج فله الثمن كله و بطل الحبس فى الجميع بشرط المحبس ومن مات منهم قبل أن يحتاج سقط حقه الا انه انما مات عن حبس لا يورث عنه و يرجع الى من معه فى الحبس ولا يورث شئ منه عن محبس انتهى (فروع * الاول) قال فى المتيطية واذا قدم المحبس رجلا على الحوز لبنيه الصغار وجعل له البيع عليهم ان احتاجوا فاجاز ذلك أحمد * ابن بقى وقال ابن لبابة ومحمد بن القاسم ليس للمقدم بيع الحبس حتى يثبت عند القاضى العذر الذى له يبيع والسداد فى الثمن وليس الوكيل كالمحبس عليه انتهى (الثانى) قال البرزلى قال مالك فيمن حبس على ولده حبسا وشرط لهم ان احتاجوا باعوا ذلك فلحقهم دين أن لاصحاب الدين بيع الحبس من أجل ماشرطه المحبس لهم من البيع عند حاجتهم انتهى والمسئلة فى العتبية فى رسم أخذ يشرب خمرا من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس سئل مالك عمن تصدق على ابنتين بدار على وجه الحبس وكتب لهما فى كتاب صدقته ان شاءتا باعتا وان شاءتا امسكتا فرهقى لابنتيه دين كثير دايتنا به الناس فقام عليهما الغرماء وقالوا نحن نبيع الدار قد كتب أبوكما فى صدقته ان شئتما بعتما وان شئتما أمسكتما قال مالك صدقوا فى ذلك لهم أن يبيعوا الدار حتى يستوفوا * قال ابن رشد لمالك فى كتاب ابن المواز خلاف قوله هذا انه ليس للغرماء ذلك وهو الذى يأتى على ماله فى كتاب التفليس من المدونة فى الرجل يفلس وله أم ولد ومدبرون ولهم أموال انه ليس للغرماء أن يجبروه على أن يأخذ أموالهم فيقضيها اياهم ولا لهم أن يأخذوا الا أن يشاء هو ان يفعل ذلك انتهى قال البرزلى بعد نقله المسئلة قلت قد يفرق بينهما بأن منفعة الدار حاصلة الآن للديانة ورقبتها كذلك للحاجة اليها وقد انفك الحبس عنها ومال العبد الاصل انه له حتى ينتزعه بدليل شرائه وهو يضاف للعبد لا للسيد بدليل جواز بيعه بماله على المعروف فالاصل بقاؤه على ملكه حتى يحدث فيه السيد حدثا يدل على الانتزاع ولا يخالف هذا الأصل مسئلة النذور والايمان على تأويل فيها وبعض مسائل العتق انتهى (الثالث) تقدم عند قول المصنف واتبع شرطه حكم

(وتناول الذرية وولد فلان وفلانة أو الذكور والاناث وأولادهم الحفيد) أما الذرية فقال ابن رشد اختلف الشيوخ فى الذرية والنسل فقيل انهما بمنزلة العقب والولد لا يدخل فيه ولد البنات على مذهب مالك وقيل انهم يدخلون فيها وفرق ابن العطار فقال النسل كالولد والعقب لا يدخل فيه ولد البنات بخلاف الذرية فتشمل ولد البنات اتفاقا لقوله تعالى ومن ذريته داود الى قوله تعالى وعيسى وهو ولد بنت * ابن رشد صحيح فى ان ولد بنت الرجل من ذريته وكذا نقول فى نسله وعقبه انتهى وأما ولدى فلان وفلانة وأولادهم فقال ابن رشد أما اذا قال حبست على ولدى ويسميهم بأسمائهم ذكورهم واناثهم ثم يقال وعلى أولادهم فان ولد البنات يدخلون فى ذلك على مذهب مالك وجميع أصحابه وماروى عن ابن زرب فهو خطأ وأما لفظ الذكور والاناث وأولادهم فقال ابن رشد اذا قال حبست على أولادى ذكورهم واناثهم ولم يسمهم بأسمائهم ثم قال وعلى أعقابهم فالظاهر من مذهب مالك ان أولاد البنات يدخلون فى ذلك كالو سمى بخلاف اذا قال أولادى ولم يقل ذكورهم واناثهم للعلة التى قدمنا من أن لفظ الاولاد لا يوقعه الناس الا على الذكور دون الاناث (لانسلى) قال ابن العطار النسل كالولد وجعل ابن رشد الخلاف فيه وفى الذرية واحدا فانظر أنت هذا (وعقبى وولدى) * ابن رشد لا فرق عند أحد من العلماء بين لفظ العقب والولد فى المعنى فاذا قال المحبس حبست على ولدى أو على أولادى ولم يزد على ذلك فيكون الحبس على أولاده دنية الذكران والاناث وعلى أولاد بنيه الذكران دون الاناث ولا يدخل فى ذلك أولاد البنات على مذهب مالك للاجماع على ان ولد البنات لاميراث لهم (وولد ولدى وأولادى وأولاد أولادى وبنى وبنى بنى) * ابن رشد إذا قال حبست على ولدى وولد ولدى أو على أولادى وأولاد أولادى فذهب جماعة من الشيوخ الى أن ولد البنات يدخلون فى ذلك وهو ظاهر اللفظ وروى ابن وهب وابن عبدوس عن مالك انه لا شئ لولد البنات أنظر المقدمات فكأنه رشح ان لا شئ لولد البنات ثم قال وأما لفظ البنين فى قوله حبست على بنى أو على بنى وبنيهم فالحكم فى ذلك كالحكم فى لفظ الولد والعقب (وفى ولدى وولدهم قولان) * ابن رشد وأما اذا قال حبست على ولدى وأولادهم فروى ابن أبى زمنين لا يدخل أولاد البنات فى هذا الحبس بهذا اللفظ ودخولهم به أبين وبه قضى ابن القاسم (والاخوة الانثى) * ابن شعبان لفظ اخوتى يشمل اخوته ولو لأم فقط ذكورهم واناثهم (ورجال اخوتى ونساؤهم الصغار) * ابن شعبان لفظ رجال اخوتى ونسائهم يشمل أطفال ذكورهم واناثهم

ما اذا شرط المحبس انه ان وجد فى الحبس ثمن رغبة فقد أذنت فى البيع ويبتاع بثمنه ربعا مثله ص * وتناول الذرية وولدى فلان وفلانة الخ * ش تصوره واضح (مسئلة) اذا حبس على ولده وقال فلان وفلان ولم يسم الآخرين فهل يدخلون قال المشذالى فى الوصايا الاول قال الوانوغى لو حبس على ولده وقال فلان وفلان ولم يسم الآخرين فهل هذه المسئلة كمسئلة الشيوخ المشهورة فى أحكام ابن زياد فيمن أوصى وقال جعلت النظر على ولدى فلان وفلان الى فلان وفى أولاده من لم يسم فهل الايصاء قاصر على المسمين أولا فيه تنازع بين ابن زرب وغيره فهل مسئلة التحبيس مثلها أولا فقال بعض المشارقة ليس مثلها لا يدخل فى الحبس ويدخل فى الايصاء والفرق بينهما ان الوصية بالاولاد قد علم المقصود بها وهو القيام بهم وهو مظنة التعميم فالتسمية ليست للتخصيص وأما فى الوقف فالمقصود فيه صرف المنافع ويجوز قصرها على بعض دون بعض فيصح أن يقال للتسمية أثر قال المشذالى قلت وهذا فرق لا بأس به قال الوانوغى وفى نوازل ابن رشد نحوه اه ص * وولدى وولد ولدى وأولادى وأولاد أولادى وبنى وبنى بنى * ش ينبغى أن يكون مراد المصنف ان الواقف اذا قال وقف على ولدى وولد ولدى أو قال على أولادى وأولاد أولادى أو قال على بنى وبنى بنى فان الحفيد لا يتناوله هذا اللفظ وليس مراده ان الواقف أتى بلفظة من الالفاظ الستة فقال وقف على ولدى أو قال على ولد ولدى أو قال على أولادى أو قال أولاد أولادى أو قال على بنى أو قال على بنى بنى فانه يفوته التنبيه على ما اذا جمع بين اللفظين والخلاف فيه قوى فان ابن العطار نص على أن أهل قرطبة كانوا يفتون بدخولهم قال وقضى به محمد بن السليم بفتوى أهل زمانه قال ابن رشد وهو ظاهر اللفظ لان الولد يقع على الذكر والانثى فاذا قال على ولدى أو على أولادى وولد ولدى فهو بمنزلة قوله على أولادى ذكورهم واناثهم وعلى أعقابهم وأما اذا قال وقف على ولدى وعلى أولادى فالمعروف من المذهب عدم دخولهم وكذلك ينبغى أن يكون الحكم اذا قال على ولد ولدى فقط فتأمله والله أعلم ص

(وبنو أبى اخوته الذكور وأولادهم) * ابن الحاجب ويتناول بنو أبى اخوته الذكور وأولادهم الذكور * ابن عرفة عن ابن شعبان لفظ بنو أبى يشمل اخوته لابيه وأمه واخوته لأبيه فقط ومن كان ذكرا من أولادهم خاصة مع ذكور ولده * ابن شاس هذا يشعر انه لا يرى دخول الاناث تحت قوله بنى وهو خلاف ما تقدم فى الرواية فى لفظ البنين (وآلى وأهلى العصبة ومن لو رجلت لعصبت) * ابن القاسم الآل الاهل سواء وهم العصبة والبنات والعمات لا الخالة * الباجى يريد العصبة ومن فى عقدهم من النساء * ابن عرفة فتدخل بنات العم (وأقاربى أقارب جهتيه مطلقا وان قصوا) * مالك من أوصى لأقاربه قسم على الاقرب فالاقرب بالاجتهاد ولا يدخل فى ذلك ولد البنات قال عيسى وينظر فيه على قدر ما يرى وينزل فربما لم يدع غير ولد البنات وولد الخالات * ابن يونس يريد فيعطوا حينئذ * ابن القاسم ولا يدخل الخال ولا الخالة ولا قرابته من قبل الام الا أن لا يكون له قرابة من قبل الاب (ومواليه المعتق وولده ومعتق أبيه وابنه) من المدونة من أوصى بثلثه لموالى فلان وله موال أنعموا عليه وموال أنعم عليهم كان لمواليه الاسفلين دون الاعلين قال مالك وان كان له موال من قبل أبيه وموال من قبل أمه وموال من قبل قرابة يوارثونه فليبدأ بالاقرب فالاقرب دنية ويعطى الآخرون منه ان كان فى المال سعة الا أن يكون فى الابعد من هو أحوج من الاقارب فيؤثرون عليه ويبدأ أهل الحاجة أباعد وغيرهم ومافى ذلك أمر بين غير ما يستدل عليه من كلامه ويرى أنه أراده * ابن شاس لفظ الموالى يشمل الذكور والاناث واختلف فيمن يدخل معهم فى الحبس فروى انه يدخل معهم موالى أبيه وموالى ابنه وموالى الموالى (وقومه عصبته فقط) ابن شعبان لفظ القوم هو خاص بالرجال العصبة دون النساء لقوله تعالى لا يسخر قوم من قوم ولا نساء من نساء وقال زهير * أقوم آل حصن أم نساء * ابن عرفة وقبل هذا الباجى (وطفل وصبى وصغير ممن لم يبلغ منهم وشاب وحدث لأربعين والا فكهل للستين والا فشيخ وشمل الأنثى كالارمل) أما طفل وصبى وصغير ممن لم يبلغ من ذكر وأنثى فقال ابن شعبان لو قال كل أطفال أهلى تناول من لم يبلغ الحلم ولا المحيض وكذلك لو قال على صبيانهم أو صغارهم وأما شاب وحدث لاربعين لمن بلغ من أنثى أو ذكر فقال ابن شعبان لو قال على شبابهم أو على أحداثهم كان ذلك لمن بلغ من الذكور والاناث الى أن يكمل أربعين عاما وأما كهل وشيخ فقال ابن شعبان لو قال على كهولهم كان لمن جاوز الاربعين من ذكورهم واناثهم الى أن يكمل الستين ولو قال على شيوخهم كان لمن جاوز الستين من الذكور والاناث وأما الارمل للذكر والانثى فقال ابن شعبان لو قال لأرملهم لكان للرجل الارمل كالمرأة الارملة لقوله * فمن لحاجة هذا الارمل الذكر * أنظر هل يكون هذا القائل قد قاله على وجه قول الآخر * اطبخوا لى جبة وقميصا * وهذا هو الظاهر فان قبل هذا البيت * كم باليمامة من شعثاء أرملة * ومن يتيم ضعيف الصوت والنظر * ثم قال كل الارامل قد قضيت حاجتها * فمن لحاجة هذا الارمل الذكر * إلا أن أهل اللغة قد قالوا ان الارامل ينطلق على المساكين من رجال ونساء (والملك للواقف) * ابن عرفة صرح الباجى ببقاء ملك المحبس على حبسه وهو لازم تزكية الاحباس على ملك محبسها فقول اللخمى الحبس يسقط

﴿ وبنى أبى اخوته الذكور وأولادهم ﴾ ش يريد الاخوة الاشقاء والاخوة للاب ولا يدخل فى ذلك الاخوة للام وكان المصنف اعتمد على انه اذا لم يدخل فى ذلك الاخوات الاشقاء والاخوات للاب مع انهم من أولاد أبيه فأحرى الاخوة للام لخروجهم بقوله بنى أبى وقوله وأولادهم يعنى الذكور كما صرح به فى الرواية (تنبيه) زاد فى الرواية انه يدخل مع ذكور اخوته وأولادهم الذكور ذكور ولده لانهم من ولد أبيه قال فى الجواهر ولو قال على بنى أبى دخل فيه اخوته لابيه وأمه واخوته لابيه ومن كان ذكرا من أولادهم خاصة مع ذكور ولده انتهى وقاله ابن شعبان فى الزاهى ص

﴿ ومواليه المعتق ﴾ ش ولم يتكلم رحمه الله على دخول المولى الاعلى بل ظاهر كلامه أنه لا يدخل وهو كذلك ان لم يقم دليل على ارادته على مذهب المدونة قاله ابن عرفة وفى دخول المولى الاعلى مع الاسفل ان لم يقم دليل على ارادة أحدهما فقط قولان لاشهب ونص وصاياها انتهى ص

﴿ وشمل الانثى كالارمل ﴾ ش تصوره ظاهر وسئلت عن وقف على من كان بمكة من فقراء الاندلس القاطنين بها فهل يدخل النساء اذا كن بهذه الصفات فأجبت بما صورته الظاهر دخولهن كما يؤخذ من كلام أهل المذهب فى مسائل متعددة أعنى المذكورة هنا وما أشبهها وكما يشهد بذلك العرف وبدخولهن فى قوله تعالى انما الصدقات للفقراء الآية من غير خلاف والله أعلم ص

﴿ والملك للواقف ﴾ ش ظاهره حتى فى المساجد ونقل القرافى الاجماع على ان المساجد ارتفع

ملك المحبس غلط (لا الغلة) * ابن شاس الموقوف عليه يملك الغلة والثمرة واللبن والصوف والوبر من الحيوان (فله أو لوارثه منع من يريد اصلاحه) * ابن شعبان لو خرب الوقف فاراد غير الواقف اعادته فللواقف أو وارثه منعه قال ابن عبد السلام لأن الحبس مملوك لمحبسه وكل مملوك لشخص لا يجوز تصرف غيره فيه بغير اذنه بوجه ابن عرفة عندى على أصل المذهب فى ذلك تفصيل ان كان خراب الحبس لحادث نزل دفعة كوابل مطر أو شدة ريح أو صاعقة والامر كما قالوه وان كان بتوالى عدم اصلاح ماينزل به من هدم شيأ بعد شئ أو من هو عليه يستقل مابقى منه فى أثناء توالى الهدم عليه كحال بعض أهل وقتنا من أئمة المساجد يأخذون غلته ويدعون بناءه حتى يتوالى عليه الخراب المذهب كل المنفعة أو جلها فهذا الواجب قبول من تطوع باصلاحه ولا مقال بمنعه لمحبسه ولا لوارثه لان مصلحه قام بأداء حق عن ذى حق عليه لعجزه عن أدائه أو لدده (ولا يفسخ كراؤه لزيادة) المشاور ان أكرى ناظر الحبس ربع الحبس بعد النداء عليه والاستقصاء ثم جاءت زيادة لم يكن له نقض الكراء ولا قبول الزيادة الا أن يثبت بالبينة ان بالكراء الأول غبنا على الحبس فتقبل الزيادة ولو ممن كان حاضرا وكذا الوصى فى كرائه ربع يتيمه أو اجارته ثم يجد زيادة لم تنقض الاجارة أنظر هذا مع ماتقدم عند قوله وكراء وكيل بمحاباة ان للموكل أن يفسخ الكراء أو يجيز وقبل قوله وشاة واستثناء أربعة أرطال وعند قوله كوجيبة بشهر كذا وعند قوله فاحصدت فلك نصفه وقال ابن عرفة استمر العمل فى كراء الناظر فى حبس تونس انه على قبول الزيادة (ولا يقسم الاماض زمنه) قال ابن عبد الحكم لا يجوز لولى الصدقة أن يكريها بنقد لانه قد يضع فى ذلك وهو لا يقسم الكراء عليهم قبل كمال سكنى المكترى لانه انما يقسم على من يحضر يوم القسم فمن ولد يوم القسم ثبت حقه ومن مات قبله سقط واذا قسمه قبل أن يجب بالسكنى فقد يموت من أخذ منه قبل أن يجب له ويحرم من جاء قبل الوجوب ممن يولد بعد القسم قال ابن عرفة فيما يجب به بعد الثمرة لمن حبست عليه اضطراب قال ابن رشد من مات منهم بعد الطيب فحظه لورثته ومن مات قبل الابار لاشئ لوارثه اتفاقا فيهما فان مات أحدهم بعد الابار وقبل الطيب فخامس الاقوال راجعه فيه وقال ابن يونس لو ولد لأحدهم ولد بعد الابار أو قبله كان حقه فى الثمرة وان ولد بعد طيبها فلاشئ له من ثمرة العام وله ذلك فى المستقبل قال ابن يونس واذا مات أحد المحبس عليهم قبل طيب الثمرة وقد تقدم له فيها نفقة أن لورثة الميت الرجوع بالنفقة لان أصحابه انتفعوا بنفقته وهو قد مات قبل أن يجب له حق فى الثمرة ويستأنى به حتى تطيب الثمرة فيرجع الورثة عليهم بالاقل من نفقة الميت التى أنفق أو ماينوبه من الثمرة بعد محاسبتهم لورثته بما أنفقوا هم أيضا ولو أجيحت الثمرة لم يكن لورثته شئ وقال بعض شيوخنا اذا نقدت لميت نفقة فعلى أصحابه غرمها معجلا لأنه كالاستحقاق اذا استحق الاصل أن عليه غرم السقى والعلاج * ابن يونس وهذا أبين الا أن يشاء وان يبقوه على نصيب الميت فى هذه الثمرة فلا تلزمهم نفقته ثم نقل ابن عرفة عن الباجى لو كانت أرضا فحرثها من حبست عليه وهم معينون ثم ماتوا اخير ربها فى اعطاء الوارث كراء الحرث أو يسلمها لهم بكرائها تلك السنة وان لم يكونوا معينين كالحبس على رجل وعقبه وقال ابن زرقون ثالث الاقوال قول ابن القاسم ومالك انها تجب لهم بالطيب لا بالقسم قال ابن عرفة وأما الحبس على بنى زهرة فلا يجب الا بالقسم من مات قبله سقط حظه ومن ولد قبله ثبت حظه وفى الاستغناء ان مثل بنى زهرة بنو تميم والمساكين والفقراء قال والتفريق فى ذلك كالتفريق فى الزكاة والكفارة قال وان رأى الناظر قسم ثمرة الحائط قسمها وان رأى بيعها وقسم ثمنها فذلك له ومن مقرب ابن أبى زمنين من حبست عليه دار وعلى عقبه أو غيرهم وجعل له فيها سكنى حياته لم يجز أن يكريها بالنقد ويجوز أن يكريها سنين كثيرة بكراء منجم كلما انقضى نجم دفع كراءه هذا مذهب ابن القاسم وابن وهب وروايتهما وقد تقدم عند قوله بموت مستحق ان مات البطن الاول من ذوى الوقف بعد الاجارة قبل تمام مدتها انفسخت الاجارة

عنها الملك وهو خلاف ماحكاه فى أول الحبس من النوادر ان المساجد باقية أيضا على ملك محبسها والله أعلم ونصه فى أثناء الترجمة الاولى فى الاستدلال على جواز التحبيس والرد على شريح القائل لا حبس على فرائض الله وبقاء احباس السلف دائرة دليل على منع بيعها وميراثها والمساجد والاحباس لم يخرجها مالكها الى ملك أحد وهى باقية على ملكه وأوجب تسبيل منافعها الى من حبست عليه فلزمه ذلك كما يعقد فى العبد الكتابة والاجارة والاسكان وأصل الملك له فليس للورثة حل شئ مما أوجب فى المرافق وان كان الملك باقيا عليه انتهى فتأمله والله أعلم ص ﴿ ولا يقسم الاماضى زمنه ﴾ ش مسئلة قال ابن عرفة وفيما تجب به الثمرة لمن حبس عليه اضطراب

فى باقى المدة ومن المنتقى العمرى والحبس على معينين يقسم على الذكر والأنثى بالسواء وعلى غير معينين كمن

يعنى اذا كان المحبس عليه معينا وذكر الخلاف فى ذلك ثم قال وان لم يكونوا معينين كالو حبس على رجل وعقبه ففى وجوبها بالطيب أو القسمة قولان (قلت) عزاهما ابن زرقون لابن القاسم مع مالك وابن الماجشون قال وثالثها لاشهب بالابار انتهى وماعزاه ابن زرقون لابن القاسم صرح به فى كتاب الوصايا الثانى من المدونة ونبه على ذلك فى التنبيهات والرجراجى عزاه أيضا لابن الحاجب وابن كنانة قال الرجراجى وانما نبهت على اجماع المذهب انها تكون غلة بالطيب فى هذا الفصل وأين هم عما استخرجناه من الكتب واستشهدنا عليه بنصوص الامهات والتوفيق بيد الله يؤتيه من يشاء انتهى فقد علمت ان القول الذى عزاه لابن الماجشون هو مذهب المدونة قال ابن عرفة وأما الحبس على بنى زهرة فلا يجب الا بالقسم فمن مات قبله سقط حظه ومن ولد قبله ثبت حظه ومسئلة الوقف على الفقراء وعلى بنى تميم ونحوهم ثم قال قلت والحبس على القراء بمواضع معينين كقراء جامع الزيتونة ان كان بقيد ان الثواب لمعين فهم كالاجراء وتقدم كلام الشيوخ فى المستأجر على الاذان والامام يمرض بعض الايام وامام المسجد يموت وعليه دار محبسة وأهله بها هل يخرج أو يقيم لتمام العدة وان كان الحبس لا بقيد كقراءة شفع المحراب بجامع الزيتونة فهم كالحبس على فلان وعقبه انتهى (قلت) ومثله الحبس على فقراء الرباط الفلانى والمدرسة الفلانية ومذهب المدونة فى ذلك لا يستحقون الا بالقسم (تنبيه) على هذا القول اذا مات أحدهم وتقدم له فيها نفقة قال الرجراجى فلا خلاف أن لورثته الرجوع بالنفقة لان أصحابه قد انتفعوا بنفقته فيما عمله لهم واختلف المتأخرون هل الرجوع بالاقل فيما أنفق أو بما ينوبه من الثمرة أو انما يرجع بقيمة النفقة نقدا وثمرة الخلاف اذا أجيحت الثمرة هل تسقط المطالبة وهو ظاهر المدونة أم لا وهو ضعيف انتهى باختصار ص ﴿ واكراء ناظره ان كان على معين كالسنتين ﴾

ش يعنى ان الحبس اذا كان على معينين كبنى فلان فللناظر أن يكريه سنتين أو ثلاث سنين ولا يكريه أكثر من ذلك ولكن لا يكون كراؤه بالنقد انظر النوادر فى ترجمة الحبس يزاد فيه أو يعمر من غلته وكراء الحبس السنين الكثيرة (فرع) قال فى البيان فى رسم الأقضية الاول من سماع أشهب من كتاب الصدقات فان وقع الكراء فى السنين الكثيرة على القول بانه لا يجوز فعثر على ذلك وقد مضى بعضها فان كان الذى بقى يسيرا لم يفسخ وان كان كثيرا فسخ على ماقاله فى كتاب محمد اه (قلت) ولم يبين حد اليسير والظاهر أنه كالشهر والشهرين كما فى مسئلة كراء الوصى ربع الصغير ثم يتبين رشده وذكر البرزلى فى مسائل الحبس عن نوازل ابن رشد فيمن حبس على بنى فلان أكرى أحدهم نصيبه خمسين عاما فأجاب ان وقع الكراء لهذه المدة على النقد فسخ وفى جوازه على غير النقد قولان الصحيح منهما عندى المنع وهذا فيما ينفسخ فيه الكراء بموت المكرى وهذا كمسئلتك أما الحبس على المساجد والمساكين وشبههما فلا يكريها الناظر لأكثر من أربعة أعوام ان كانت أرضا أو أكثر من عام ان كانت دارا وهو عمل الناس ومضى عليه عمل القضاة فان أكرى أكثر من ذلك مضى ان كان نظرا على مذهب ابن القاسم وروايته ولا يفسخ انتهى وقال فى الشامل وجاز كراء بقعة من أرض محبسة على غير معين أربعين سنة لتبنى دارا وعمل به انتهى وانظر أحكام ابن سهل فى أول كتاب الأقضية من مسائل الحبس فى ترجمة قطيع محبس باعته المحبسة وانظر الأحكام الصغرى فى مسائل الاقضية ص ﴿ أو على كولده ولم يعينهم فضل المتولى أهل

حبس على قوم وأعقابهم فانه يفضل أهل الحاجة (وأكرى ناظره ان كان على معينين كالسنتين) المتيطى يجوز كراء من حبس عليه ربع من الاعيان أو الاعقاب لعامين لا أكثر فى رواية ابن القاسم وبها القضاء والحبس على غير معين كالمرضى والمساكين أو مسجد أو قنطرة يجوز لمدة طويلة واستحسن قضاة قرطبة كونه لأربعة أعوام خوف اندراسه بطول مكثه بيد مكتريه (ولمن مرجعه له كالعشر) ابن الحاجب أن أكرى المتولى ممن يرجع الحبس اليه جازت لأكثر من عامين وقد اكترى مالك منزله وهو كذلك عشر سنين واستكثرت (وان بنى محبس عليه فمات ولم يبين فهو وقف) من المدونة قال مالك من حبس دارا على ولده وولد ولده فبنى بها أحد البنين وأدخل خشبه أو أصلح ثم مات ولم يذكر لما أدخل فى ذلك ذكرا فلا شئ لورثته فيه قال ابن القاسم وان كان قد أوصى أو قال هو لورثته فذلك

لهم وان لم يذكره فلا شئ لهم قل أو كثر (وعلى من لا يحاط به أو على قوم وأعقابهم أو على كولده ولم يعينهم فضل المتولى أهل

الحاجة والعيال فى غلة وسكنى) أما مسئلة القسم على من لا يحاط به أو على قوم وأعقابهم فقال ابن عرفة قسم ما على غير منحصر بالاجتهاد اتفاقا وروى ابن عبدوس من حبس على قوم وأعقابهم فهذا كالصدقة يوصى وان تفرق على المساكين لمن وليها أو يفضل أهل الحاجة والمسكنة والمؤنة والعيال والزمانة وكذا غلة الحبس وقال ابن رشد المشهور ان قسم الحبس لمعقب بين آحادهم بقدر حاجتهم وما على معينين هم فيه بالسواء وأما القسم على كولده ولم يعينهم فقال ابن رشد معلوم قول ابن القاسم وروايته فى المدونة أن الآباء يؤثرون على الابناء ولا يكون للابناء معهم فى السكنى الا ما فضل عنهم وسواء على قولهما قال حبس على ولدى ولم يزد فدخل معهم فى السكنى الا ما فضل عنهم وسواء على قولهما قال حبس على ولدى ولم يزد فدخل معهم الابناء بالمعنى أو قال على ولده وولد ولده فدخلوا معهم بالنص (ولم يخرج

الحاجة والعيال فى غلة وسكنى * ش قال ابن رشد المبدأ فى الحبس أهل الحاجة على الأغنياء فى السكنى والغلة فلا سكنى للاغنياء معهم الا أن يفضل عنهم شئ فان استووا فى الفقر والغنى ولم يسعهم أكرى ذلك عليهم وقسم الكراء بينهم شرعا سواء الا أن يرضى أحدهم أن يكون عليه بما يصير لأصحابه من الكراء ويسكن فيها فيكون له ذلك قاله ابن المواز انتهى من سماع سحنون من كتاب الحبس وقال فى الشامل ومن وقف على قوم وأعقابهم أو من لا يحاط بهم فضل الناظر ذا حاجة وعيال فى غلة وسكنى على المشهور باجتهاده فان استووا فقرا وغنى أوثر الأقرب فالأقرب ودفع الفضل لمن يليه فأما على ولده أو ولد ولده أومؤا اليه ولم يعينهم فكذلك وقيل الغنى والفقير سواء فان عينهم سوى بينهم فان كان للغنى ولد فقير أعطى بقدر حاجته انتهى وقال فى النوادر ومن المجموعة من حبس على قوم وأعقابهم ان ذلك كالصدقة لا يعطى الغنى منها شيأ أو يعطى المسدد بقدر حاله فان كان للاغنياء أولاد كبار فقراء وقد بلغوا أعطوا بقدر حاجتهم الباجى يريد بالمسدد الذى له كفاية وربما ضاق حاله لكثرة عياله انتهى وفهم من قوله ولم يعينهم انه لو عينهم انه يسوى بينهم وهو كذلك (مسئلة) من نوازل ابن رشد سأله عنها القاضى عياض وهو عقد تضمن تحبيس فلان على ابنيه فلان وفلان لجميع الرحا الكراء بالسوية بينهما ولاعتدال حبسها عليهما وعلى عقبهما حبسا مؤبدا وتم عقد التحبيس على واجبه وحوزه ومات الأب والابنان بعده وتركا عقبا كثيرا وعقب أحدهما أكثر من عقب الآخر وفى بعضهم حاجة فكيف ترى قسمة هذا الحبس بين هؤلاء الأعقاب هل على الحاجة أم على السوية أم يبقى فى يد كل عقب ما كان بيد أبيه فأجاب الواجب فى هذا الحبس اذا كان الأمر فيه على ما وصفت ان يقسم على أولاد العقبين جميعا على عددهم وان كان عقب الولد الواحد أكثر من عقب الآخر بالسواء ان استوت حاجتهم وان اختلفت فضل ذو الحاجة منهم على من سواه بما يؤدى اليه الاجتهاد على قدر قلة العيال أو كثرتهم ولا يبقى بيد ولد كل واحد منهما ما كان بيد أبيه قبله وبالله التوفيق (مسئلة) سئل عنها الوالد عن أرض وقف تسمى بالرهط وتنسب لعمرو بن العاصى رضى الله عنه وانه أوقفها على ذريته وذريته أفخاذ منهم الرخامى والحطامى والسارى وكل واحد منهم بيده قطعة أخذها من آبائه فهل له أن يقسمها بين أولاده الذكور والاناث ويكون لمن مات من الاناث ان تنقل حظها لأولادها حتى انهم لو كانوا من فخذ آخر أخذوا ما صار لهم من أبيهم وما صار لهم من أمهم وليس ثم كتاب ولا شرط فأجاب اذا ثبت الوقف بالبينة أو بالشيوع فان علم شرط الواقف بكتاب وقف أو بينة تشهد به ولو بالشيوع اتبع وان لم يعلم شرط الواقف وثبت له عادة قديمة فيصرف الوقف على ما جرت به العادة القديمة اذا لم تكن مخالفة للوجه الشرعى وليس لمن صار بيده شئ من الوقف أن يبيعه ولا يقسمه بين أولاده ولا يؤجره مدة طويلة بل يبقى بيده فاذا مات انتقل لمن جرت العوائد المذكورة أعلاه بانتقاله اليه ثم سئل عنه مرة أخرى فأجاب عنه بما تقدم وزاد فيه واذا لم يثبت لهم شرط ولا عادة وثبت ان الوقف على الذرية قسم بينهم فى كل سنة على السوية الا أن يكون فيهم محتاج فللناظر أن يؤثره على غيره والله سبحانه أعلم ومستنده فى ذلك ما ذكره ابن فرحون فى تبصرته فى الباب السابع والخمسين والباب السبعين قال فيه وقد تقدم أنه يقبل قول متولى نظر الوقف فى مصرفه اذا لم يوجد كتاب الوقف وذكر أن العادة جرت بصرف غلته فى الوجوه التى يذكرها والله أعلم ص * ولم يخرج

سا كن لغيره الا لشرط ﴾ ش قال ابن عرفة قال ابن الحاجب ولا يخرج السا كن لغيره وان غنيا ابن عبد السلام لما تكلم على حكم المساواة والترجيح قبل السكنى تحث على ما اذا سكن أحدهم لموجب الفقر ثم استغنى فان ذلك الحكم لا يرتفع بارتفاع سببه وهو الفقر ولعل ذلك لان عودته لا تؤمن والا فالاصل أن يخرج وهذا فى الوقف على غير معين قال ابن عرفة قلت فى لفظه ولفظ ابن الحاجب اجمال لان ظاهر لفظهما سواء كان الحبس على معقب ونحوه أو على الفقراء فسكن بعضهم لاتصافه بالفقر ثم استغنى انه لا يخرج لغيره وليس الأمر كذلك قال ابن رشد فى رسم الشجرة من سماع ابن القاسم من استحق مسكنا من حبس هو على الفقراء لفقره أخرج منه ان استغنى وفى رسم أدرك من سماع ابن القاسم من استحق مسكنا من حبس هو على العقب وهو غنى لانقطاع غيبة المحتاج ثم قدم أنه لا يخرج لانه لم يدخل عليه ولكنه سكن بها حيث لم يكن أحد أولى بها منه وروى الباجى لو سافر مستحق السكنى لبعض ما يعرض للناس كان له كراء مسكنه الى أن يعود ولو انتقل اليه أحد من أهل الحبس رد لمنزله وأخرج منه من دخل فيه انتهى من آخر كتاب الحبس منه وقال الفاكهانى فى شرح قوله فى الرسالة ومن سكن فلا يخرج لغيره ما نصه الا ان يرى الناظر اخراجه واسكان غيره مصلحة للحبس فله ذلك لاسيما ان خاف من سكناه ضررا ولمثل هذا جعل الناظر انتهى من الشيخ زروق ناقلا له عن الفاكهانى وهو ظاهر فتأمله والله أعلم

ص ﴿ باب ﴾

﴿ الهبة تمليك بلا عوض ولثواب الآخرة صدقة ﴾ ش قال ابن عرفة الهبة أحد أنواع العطية وهى أى العطية تمليك متمول بغير عوض انشاء فيخرج الانكاح والحكم باستحقاق وارث إرثه وتدخل العارية والحبس والعمرى والهبة والصدقة ثم قال والهبة لا لثواب تمليك ذى منفعة لوجه المعطى بغير عوض والصدقة كذلك لوجه الله بدل لوجه المعطى وفى الهبة لكونها كذلك مع ارادة الثواب من الله صدقة أولا قولا الأكثر ومطرف حسبما يأتى ذكره فى الاعتصار وتخرج العارية والبيع فقول المصنف الهبة تمليك بلا عوض يريد ولم تتمحض لثواب الآخرة وذلك أعم من أن تكون لوجه المعطى فقط أو لذلك مع قصد ثواب الآخرة فان تمحضت لثواب الآخرة فهى الصدقة وهذا معنى قوله ولثواب الآخرة صدقة (فائدة) ورد فى الحديث داووا مرضاكم بالصدقة سئل ابن رشد عن هذا الحديث ومعناه فأجاب بانى لست أجده فى نص من المصنفات الصحيحة ولو صح

ساكن لغيره) من المدونة قال مالك من حبس دارا على ولده فسكنها بعضهم ولم يجد بعضهم فيها مسكنا فقال الذى لم يجد اعطونى من الكراء بحساب حقى فلا كراء له ولا أرى أن يخرج أحد لاحد ولكن من مات أو غاب غيبة يريد المقام بالموضع الذى انتقل اليه استحق الحاضر مكانه وأما ان أراد السفر الى موضع ثم يرجع فهو على حقه قال فى كتاب محمد وله أن يكرى منزله الى أن يرجع وسمع عيسى من حبس على قوم وهم متكافئون فى الغنى والفقر اجتهد فى ذلك ليسكن فيها من رأى أو يكريها فيقسم كراءها عليهم ومن سبق وسكن فهو أولى ولا يخرج منها * ابن رشد معناه فى غير المعين كتحبيسه على أولاده أو أولاد فلان وان كان على معينين مسمين لم يستحق السكنى من سبق اليه وهم فيه بالسوية حاضرهم وغائبهم قاله ابن القاسم * محمد وغنيهم وفقيرهم سواء (الا بشرط) روى ابن القاسم من حبس على ولده أو غيرهم حائطا وسمى لبعضهم ما يعطى كل عام من الكيل ولم يسم للآخرين فيبدأ بالذى سمى له الا أن يعمل فى ذلك عامل فيكون أولى بحقه قال ابن القاسم وكذلك فى غلة الدور (أو سفر انقطاع) تقدم نص المدونة من غاب يريد المقام بالموضع الذى انتقل اليه استحق الحاضر مكانه (أو بعيد) ابن رشد ان سافر ليعود فهو على حقه بخلاف ما اذا خرج لسفر بعيد يشبه الانقطاع أو يريد المقام فى الموضع الذى سافر اليه

﴿ كتاب الهبة ﴾

* ابن شاس فيه بابان * الاول فى أركانها * الثانى فى حكمها (الهبة تمليك بلا عوض) ابن عرفة الهبة أحد أنواع العطية وهى تمليك متمول بغير عوض انشائى (ولثواب الآخرة صدقة) ابن عرفة الهبة لا لثواب تمليك ذى منفعة لوجه المعطى بغير عوض والصدقة كذلك لوجه الله بدل لوجه المعطى قال الأكثر والهبة كذلك مع ارادة الثواب من الله صدقة (وصحت فى كل مملوك ينقل) ابن شاس الركن الثانى الموهوب وهو كل مملوك يقبل النقل * ابن عبد السلام كالدار والثوب ومنافعهما الا ما لا يقبل كالاستمتاع بالزوجة وأم الولد زاد ابن هارون كالشفعة ورقبة المكاتب * ابن عرفة هذه زيادة حسنة

فمعناه الحث على عيادة المرضى لان ذلك من المعروف وكل معروف صدقة فيحصل له السرور والدعاء له ولاشك فى رجاء الاجابة له والشفاء فينفعه فى الدواء قال البرزلى وحمله بعض شيوخنا على ظاهره وانه اذا تصدق عنه وبطلب له الدعاء من المتصدق عليهم يرجى له الشفاء ذكره البرزلى فى آخر مسائل الوصايا والمحجور وهو فى النوازل فى باب الجامع والحديث أخرجه الطبرانى والبيهقى وقال العراقى فى تخريج الاحياء حديث الصدقة تسد سبعين بابا من السوء ابن المبارك فى البر من حديث أنس بسند ضعيف ان الله ليدرأ بالصدقة سبعين بابا من ميتة السوء والله أعلم (فرع) قال فى أثناء كتاب الهبة من المدونة ومن وهب لرجل هبة على أن لا يبيع ولا يهب لم يجز الا أن يكون سفيها أو صغيرا فيشترط ذلك عليه مادام فى ولاية فيجوز وان شرط ذلك عليه بعد زوال الولاية لم يجز كان ولدا للواهب أو أجنبيا المشذالى قال القابسى عن ابن عمران انظر مامعنى سفيها أو صغيرا وهما لا يجوز بيعهما شرطه أم لا أبو عمران لعله أراد أن لاتباع عليه اذا احتاج الى النفقة لان لوليه بيع عروضه فى النفقة فشرط أن لاتباع و يباع غيرها ان وجد قال القابسى الهبة جائزة وهى كالحبس المعين لو وهب هبة لسفيه أو يتيم أو شرط أن تكون يده مطلقة عليها وأنه لانظر لوصيه فيها نفذ ذلك الشرط انتهى وقال الشيخ أبو الحسن حصل ابن رشد فيها فى رسم ان خرجت من سماع عيسى خمسة أقوال (الأول) ان الصدقة والهبة لاتجوز إلا أن يشاء الواهب أن يبطل الشرط فان مات أحدهما بطلت وهو ظاهر قول مالك فى هذه الرواية ومثل قول ابن القاسم فى رواية سحنون (الثانى) أن الواهب مخير بين أن يترك شرطه أو يسترد هبته و ورثته بعده مالم ينتقض أمره بموت الموهوب وهذا القول يأتى على مافى مسئلة الفرس (الثالث) ان الشرط باطل والهبة جائزة وهذا يأتى على مافى المدونة فى مسئلة تحبيس الدار واشتراط ترميمها على المحبس عليه (الرابع) ان الشرط عامل والهبة ماضية لازمة فتكون الصدقة بين المتصدق عليه كالحبس لايبيع ولا يهب حتى يموت فاذا مات ورث عنه على سبيل الميراث وهو قول عيسى بن دينار فى هذه الرواية وقول مطرف فى الواضحة وأظهر الأقوال وأولاها بالصواب لان الرجل له أن يفعل فى ملكه ماشاء (الخامس) أن يكون ذلك حبسا فاذا مات المتصدق عليه أو الموهوب له رجع الى المتصدق أو ورثته أو أقرب الناس بالمحبس على اختلاف قول مالك انتهى والأقوال مبسوطة فى كلام ابن رشد بأكثر من هذا فراجعها فى الرسم المذكور من السماع المذكور من كتاب الصدقات والهبات والله أعلم (فرع) قال فى كتاب الوصايا الثانى من المدونة ومن قال فى وصيته أحجوا فلانا ولم يقل عنى أعطى من الثلث بقدر مايحج به فان أبى الحج فلاشئ له وان أخذ شيأ رده الا أن يحج به قال المشذالى قال ابن عرفة كان بعضهم يأخذ من هنا ان من أوصى لرجل بمال ليتزوج به فلم يفعل انه يرجع ميراثا والذى عندى انه ينظر الى مايفهم بالقرائن عن الموصى ان أراد الارفاق والتوسعة عليه فيكون له وان لم يتزوج وان أراد خصوصية النكاح رجع ميراثا وان جهل الأمر فالأصل عدم تجاوز النكاح فان انعدم رجع ميراثا (قلت) الظاهر أنها تجرى على ماقال بعض الشيوخ فى كتاب المكاتب فيمن أخذ مالا ليغزو به فلم يغز انه يرد وكذا ابن السبيل اذا دفع له مال ليتحمل به فلم يسافر انه يرده ومن دفع له مال ليقرأ فلم يفعل انه يرده وحكى ان الفقيه التادلى وقعت له هذه المسئلة دفع له أبوه مالا ليقرأ عليه فرأى ان غرض أبيه لم يحصل فرد له المال وأخبره انه لم يبلغ من القراءة غرضه فأتى أبوه الى بعض الصالحين فشكا له أمره فدعا له وقال اللهم افتح له المدونة كما فتحتها لسحنون

المشذالى والصالح الذى دعا له ذكر بعضهم انه الشيخ أبو يعزى رحمه الله قاله الشيخ أبو الحسن فى كتاب المكاتب وقال ابن رشد فى أول نوازل سحنون من الوكالات واذا صالح الوكيل عن الغريم من ماله فلم يجز الموكل الصلح فله أن يرجع بما دفع من ماله لانه انما دفعه على أن يحط عن الغريم ما صالح على حطه فاذا لم يحط كان له الرجوع ولها نظائر كثيرة منها مسئلة المكاتب فى المدونة فى قوم أعانوا مكاتبا ليفكوه فلم يكن فيما أعانوه كفافا أن لهم أن يرجعوا فيه الا أن يجعلوا المكاتب فى حل ومن ذلك صلح من قتل رجلين أولياء أحدهما و يأبى أولياء الآخر فان له أن يرجع لانه انما صالح على النجاة قاله فى سماع يحيى من الدعوى انتهى وقال الشيخ أبو الحسن فى مسئلة الوصايا يقوم منه ان من أعطى مالا لاشتغاله بطلب العلم أنه لا ينفقه فى غير ذلك وكذلك من توهم فيه صلاح أو غيره من وجوه الخير وهو يعلم انه ليس كذلك انه لا يجوز له أخذه وانظر مسئلة الحافظ التادلى و يشير لما حكاه المشذالى عنه كما تقدم وقال فى النوادر فى كتاب الهبات ومن أعطى نفقة فقيل له تقو بها فى السبيل فليشتر من ذلك القمح والزيت والخل وكل ما ينتفع به فى السبيل ولا يشترى به الدجاج ونحوه وما فضل فرقه فى السبيل أو رده الى ربه الا أن يقال اصنع به ماشئت هى لك فهذا اذا بلغ فى غزوه صنع به ما يصنع فى ماله وأما ان قال له ذلك الوصى فلا يجوز ما قاله الوصى أن يفرقه فى غير السبيل الا أن يوصى اليه بمثل هذا انتهى (مسئلة) اذا قال تصدقت بجميع ميراثى أو بميراثى على فلان وهو كذا وكذا فى الغنم والبقر والرمك والثياب والدور والأرضين الا الأرض البيضاء فانها لى وفى تركته جنان لم ينص عليه قال أصبغ له كل شئ الا ما استثناه اذا كان يعرفه وأرى الجنان ان كان يعرفه داخلا فى الصدقة لانه انما استثنى الارض البيضاء ولم يستثن الجنان الا أن تكون الأرض هى الجنان عند الناس قاله فى رسم القضاء المحض من كتاب الصدقات من سماع أصبغ قال ابن رشد وهذا كما قال لانه قد تصدق عليه بجميع ميراثه الا الأرض البيضاء كما قال فوجب أن يكون الجنان داخلا فى الصدقة الا أن يكون عند الناس من الأرض البيضاء كما قال انتهى ص ﴿ ممن له تبرع بها ﴾ ش قال ابن عرفة قال ابن شاس وابن الحاجب الواهب من له التبرع (قلت) ليس التبرع باعرف من الهبة لان العامى يعرفها دونه والأولى هو من لا حجر عليه بوجه انتهى قوله لا حجر عليه بوجه يريد فى القدر الذى يصح له منه الهبة لقوله بعده وتصح من المريض فى ثلثه اذ لا حجر عليه فيه فتأمله والله أعلم (فرع) قال فى أول كتاب الصدقة من المدونة وكل صدقة أو هبة أو حبس أو عطية بتلها مريض لرجل بعينه أو للمساكين فلم يخرج من يده حتى مات فذلك نافذ فى ثلثه كوصاياه لان حكم ذلك حكم ما أعتق الايقاف ليصح المريض فيتم ذلك أو يموت فيكون فى الثلث ولا يتم فيه لقابض فى المرض قبض ولو قبضه كان للورثة ايقافه وليس لمن قبضه أكل غلته ان كانت له غلة ولا كله ان كان مما يؤكل ولا رجوع للمريض فيه لانه بتل خلاف الوصية ولا يتعجل قبضه الا على أحد قولى مالك فى المريض له مال مأمون فينفذ ما بتل من عتق وغيره انتهى ص ﴿ وان مجهولا ﴾ ش قال فى المدونة والغرر فى الهبة لغير الثواب يجوز الا فى البيع ومن وهب لرجل موروثه من فلان وهو لا يدرى كم هو سدس أو ربع أو وهبه نصيبه من دار أو جدار وهو لا يدرى كم ذلك فذلك جائز انتهى ونقله فى النوادر فى كتاب الهبات والصدقات عن كتاب ابن المواز وقال قبله قال أبو محمد وأعرف لابن القاسم فى غير موضع ان هبة المجهول جائزة وقال ابن عبد الحكم تجوز هبة المجهول ولو ظهر له أنها كثير بعد ذلك انتهى (فرع) قال فى النوادر عن كتاب ابن المواز وان تصدق عليه ببيت

(ممن له تبرع بها) ابن شاس الواهب من له التبرع * ابن عرفة العامى يعرف الهبة ولا يعرف التبرع فهى أعرف من التبرع والاولى الواهب من لا حجر عليه بوجه فيخرج من أحاط الدين بماله (وان مجهولا) حكى محمد الاجماع على جواز هبة المجهول ومن المدونة من وهب موروثه وهو لا يدرى كم هو جاز والغرر فى الهبة لغير الثواب يجوز راجع ابن عرفة فان هنا تفصيلا (وكلبا) ابن شاس تصح هبة الكلب (ودينا

من داره ولم يسم له مرفقا فليس له منعه من مدخل ومخرج ومرفق بئر ومرحاض ان لم يسمه في الصدقة وليس له أن يقول افتح بابا حيث شئت وكذلك في العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم انتهى (فرع) قال في المدونة واذا وهب له حائط وله ثمر وزعم انه انما وهبه الاصل دون الثمرة فان كانت لم تؤبر فهي للموهوب له وان كانت مؤبرة فهي للواهب ويقبل قوله ولا يمين عليه انتهى قاله في كتاب الصدقة وانظر كلام ابن رشد في سماع عيسى من كتاب الصدقات والبرزلي في كتاب الهبات فانهما أطالا في ذلك وذكرا فروعا مناسبة والله أعلم ص ﴿ وهو ابراء ان وهب لمن هو عليه ﴾ ش قال في المدونة ومن وهبك دينا له عليك فقولك قد قبلت قبض واذا قبلت سقط وان قلت لا أقبل بقي الدين بحاله أبو الحسن وان سكت فقولان ويؤخذ القولان من مسئلة الارض التي بعد هذا اذا افترقا ولم يقل قبلت فقال ابن القاسم الهبة ساقطة وقال أشهب الدين لمن هو عليه وان لم يقل ذلك حتى مات الواهب انتهى وقال في الشامل وان وهب الدين لمن هو عليه والوديعة لمن هي تحت يده فقبل مضى وان لم يقل قبلت حتى مات الواهب بطلت الهبة على الاصح كان قال لا أقبل انتهى وقال البرزلي في مسائل الصدقة وسئل أبو محمد عمن كان عليه دين فتركه صاحبه له ولم يقل الذي عليه قبلت الا انه سمعه ثم قام صاحب الدين يطلبه وقال اذا لم يقل قبلت فليس له شئ فاجاب اذا قال المطلوب انما سكت قبولا لذلك فالقول قوله قال البرزلي قلت جعل السكوت هنا قبولا ويتعارض فيها مفهوما المدونة ونقل كلامها المتقدم (فرع) قال ابن عرفة ناقلا له عن الباجي دعوى المدين هبة رب الدين دينه يوجب يمينه اتفاقا (قلت) وكذا من ادعى هبة ما بيده من معين انتهى وسيأتي كلامه برمته ان شاء الله ص ﴿ والا فكالرهن ﴾ ش أحال على الرهن ولم يتقدم له فيه شئ وقال ابن الحاجب في باب الرهن وقبض الدين بالاشهاد والجمع بين الغريمين ان كان على غير المرتهن وقبله في التوضيح ثم قال ابن الحاجب هنا في باب الهبة وتصح هبة الدين وقبضه كقبضه في الرهن مع اعلام المدين بالهبة قال في التوضيح هنا قوله مع اعلام الى آخره زيادة بيان لان قوله كقبض الرهن يغني عنه ألا ترى انه قال في كتاب الرهن وقبض الدين الى آخره ثم ان اعلام المدين انما هو مع حضوره وأما ان كان غائبا ففي المدونة يصح القبض اذا أشهد لك وقبضت ذكر الحق وهكذا تقبض الديون ولم يتعرض المصنف يعني ابن الحاجب لقبض الوثيقة قال في الهبة من المدونة وان كان دينه على غيرك فوهبه لك فان أشهد لك وجمع بينك وبين غريمه ودفع لك ذكر الحق ان كان عنده فهذا قبض فان لم يكن كتب عليه ذكر حق وأشهد لك وأحالك كان ذلك قبضا وحمله صاحب النكت على ظاهره من انه ان لم يدفع ذكر الحق لا تصح الهبة بموت الواهب كالدار المغلقة اذا لم يعطه مفاتيحها حتى مات الواهب انه لا يصح للموهوب شئ وان أشهد له وجعل دفع الوثيقة في وثائق ابن العطار من شروط الكمال وظاهر قول المصنف مع اعلام المدين وقوله في المدونة وجمع بينك وبين غريمه أن ذلك شرط ويجب أن يحمل على أنه شرط كمال لانه قد حكى في البيان في الجزء الثاني من الصدقات الاتفاق على عدم اشتراطه فقال ولا خلاف في أن الذي عليه الدين جائز لمن تصدق عليه به وان لم يعلم المتصدق عليه غائبا أو حاضرا فقبل انتهى كلام التوضيح فتأمله مع كلامه هنا وقوله في التوضيح في آخر كلامه وان لم يعلم المتصدق عليه غائبا أو حاضرا كذا هو في التوضيح والذي في البيان ان كان المتصدق عليه غائبا أو حاضرا فقبل ذكره في رسم العشور من سماع عيسى فقف عليه (فرع) فان دفع الدين بعد علمه بالصدقة

وهو ابراء ان وهب لمن عليه) من المدونة من وهبك دينا له عليك فقولك قد قبلت قبض واذا قبلت سقط الدين وان قلت لا أقبل بقي الدين بحاله ولو كان دينه على غيرك فوهبه لك فان أشهد بذلك وجمع بينك وبين غريمه ودفع اليك ذكر الحق ان كان عنده فهو قبض وان لم يكن كتب عليك ذكر الحق واشهد لك وأحالك عليه كان ذلك قبضا وكذلك ان أحالك به عليه في غيبته واشهد لك وقبضت ذكر الحق كان ذلك قبضا لان الدين هكذا يقبض ليس هو شيأ بعينه راجع ما تقدم في النكاح عند قوله وان وهبت الصداق (والا فكالرهن) تقدم نص المدونة وان كان دينه على غيرك الخ وقال ابن شاس هبة الدين تصح كما يصح رهنه ثم قبضك قبضه في الرهن مع اعلام المديان بالهبة (ورهنا لم يقبض وأيسر راهنه

أو رضى مرتهنه والاقضى عليه بفكه ان كان الدين يعجل والابقى لبعد الأجل) من المدونة من رهن عبده ثم وهبه جازت الهبة ويقضى على الواهب بافتكاكه ان كان له مال وان لم يقم الموهوب له حتى افتكه الواهب فله أخذه مالم يمت الواهب فتبطل الهبة وليس قبض المرتهن قبضا للموهوب له ان مات الواهب لان للمرتهن حقا فى رقبة العبد قال أشهب الا أن يقبضه الموهوب قبل أن يحوزه المرتهن فهو أحق ان كان مليا و يعجل له حقه الا فى هبة الثواب فتنفذ الهبة على كل حال و يعجل للمرتهن حقه من الثواب كالبيع وان كانت الهبة لغير ثواب فقبضها الموهوب قبل حوز المرتهن والواهب ملىء ثم أعدم فليتبع بالدين وتمضى الهبة اه نقل ابن يونس وزاد اللخمى عن محمد وان وهبه ثم قاما قبل أن يحوزه واحد منهما فان كان موسرا جازت الهبة وكان أحق به من المرتهن وحكم للمرتهن بتعجيل حقه فان أعسر بعد ذلك اتبعه بحقه بمنزلة من وهب ثم وهب فحازه الثانى انه أحق من الاول وقال ابن القاسم فى هذا الأصل الاول أحق ولاسيما ان كان الرهن شرطا فى أصل العقد قال بعض شيوخ عبد الحق قول المدونة يقضى على الراهن بافتكاك الرهن يريد ان كان الدين من قرض ونحوه فان كان الدين عرضا من بيع لم يجبر المرتهن على قبضه ولا أخذ رهن غيره يعنى ويبقى تحويز الهبة لبعد الاجل وانظر فى الوديعة من الذخيرة هبة الوديعة من غير علم الموهوب له (بصيغة أومفهمها وان بفعل) ابن شاس الركن الاول السبب الناقل للملك وهى صيغة الايجاب والقبول الدالة على التمليك بغير عوض أو ما يقوم مقامها فى الدلالة على ذلك من قول أو فعل ويتصل بالصيغة حكم العمرى والرقبى وقال ابن عرفة الصيغة ما دل على التمليك ولو جعلا كالمعاطاة انظر هنا ذكر ابن عرفة هل يتناول الشجر الموهوب مأبورها وشربها ان كان لها شرب (كتحلية ولده) سمع ابن القاسم من مات بعد أن حلى ابنه الصغير حليا فهو له لا ميراث. * ابن رشد لانه يحوز لابنه الصغير ما حلاه به مثل ما كساه من ثوب الا أن يشهد الأب أنه على وجه الامتاع وعن ابن رشد أيضا وكذلك فيما يكسب للبكر من الشورة فى بيت أبيها تصنعه بيدها أو يد أمها أو يشترى ذلك لها أبوها ثم يموت فيريد الورثة الدخول مع الابنة انه لا دخول لهم وحوز ذلك أن يكون بيد الابنة أو بيد الام لانها لو ذهبت كل ما عملته أو حلته لها أمها أو

للمتصدق غرمه للمتصدق عليه قال ابن رشد و يرجع به على المتصدق به الذى دفعه اليه وان لم يعلم فلا غرم عليه ورجع المتصدق عليه فأخذه من المتصدق قاله فى رسم العشور من سماع عيسى من الصدقات والهبات (فرع) فان وهب دينا وله عليه شاهد واحد فهل يحلف رب الدين أو الموهوب له قال المشذالى فى حاشيته على المدونة فى الشفعة لو وهب له دينا وله به شاهد حلف الموهوب له مع شاهد الواهب واستحق الدين وتقدم فى السلم الثالث مسئلة المرأة تهب كالئها بعد موت زوجها مع ما يناسبها انتهى و يشير لما قاله فى كتاب السلم الثالث فى قوله وان ابتعت طعاما فلم تقبضه حتى أسلفته ومما يشبه هذا ما قالوه فيمن اشترى سلعة من رجل ثم أنكر البائع ولم يجد المشترى على الشراء الا شاهدا واحدا وكان قد تصدق بما اشتراه ان اليمين على المتصدق عليه لا على المشترى لانه يقول لا أحلف و يأخذ غيرى حكاه الشيخ أبو الحسن فى كتاب الولاء وذلك خلاف ما أشار اليه صاحب الطراز عن الابهرى فى امرأة تصدقت بكالئ صداقها وقد أثبتته على زوجها الميت قال لا يقبضه المتصدق عليه الا بعد يمين المرأة انها لم تقبضه ولا وهبته ولا أحالت به ولا تصدقت به خوفا ان تكون انما فعلت لتدفع اليمين عنها وقال البرزلى فى كتاب الهبات رأيت معلقا على فتوى ابن رشد فى الهبة بحلف الواهب وقد تقدم عن ابن عات اذا وهب الدين بشاهد واحد من الحلف انتهى وماذكره عن الشيخ أبى الحسن هو فى شرح قوله فى المدونة ومن أقام بينة فى دار انها لابيه وقد ترك أبوه ورثة سواه الشيخ نزلت مسئلة وهى ان رجلا اشترى شيأ ولم يقم على الشراء الا شاهدا واحدا وتصدق بذلك الشئ ثم قام البائع عليه فان اليمين هنا على المتصدق عليه لان المشترى يقول لا أحلف و ينتفع غيرى وهذا يظهر من مسئلة الغرماء انتهى وانظر لو كان المشترى باعه ثم قام البائع على المشترى الثانى فهل اليمين عليه أو على المشترى الاول وقد نزلت هذه المسئلة فانظر ذلك والله أعلم ص ﴿ أو رضى مرتهنه ﴾ ش يريد وقبضه فأحرى ان لم يقبضه والله أعلم ص ﴿ والاقضى عليه بفكه ان كان الدين يعجل ﴾ ش أى وان لم يرض المرتهن بامضاء الهبة بعد قبض الرهن قضى عليه بفكه الى آخره وظاهره سواء كان الواهب يجهل ان الهبة لا تتم الا بتعجيل الدين أم لا وقال فى التوضيح نص اللخمى وابن شاس على انه اذا كان ممن يجهل ذلك يحلف على ذلك ولا يجبر على تعجيل الدين اتفاقا انتهى ص ﴿ بصيغة أومفهمها ﴾

ش قال فى الذخيرة الركن الرابع السبب الناقل وفى الجواهر هو صيغة الايجاب والقبول الدالة على التمليك بغير عوض أومايقوم مقامهافى الدلالة على ذلك من قول أوفعل انتهى وفى جعله الركن سببا تأمل ثم قال فى الذخيرة (تنبيه) مذهب الشافعى القبول فوراعلى الفور وظاهر مذهبنا يجوز على التراخى لما يأتى بعد من ارسال الهبة للموهوب قبل القبول والشافعى يقول لابد من توكيل الرسول فى أن يهب عنه ولم يشترط ذلك مالك وقد وقع لأصحابنا ان للموهوب له التروى فى القبول انتهى وانظر التوضيح فى شرح مسئلة هبة الوديعة للمودع والله أعلم (تنبيه) تقدم فى باب الحجر و يأتى فى الوصايا ان الرقيق لايحتاج الى اذن سيده فى القبول فى الهبة والصدقة والوصية وان المصنف قال لوقيل بمنعه من القبول للمنة التى ترتبت على السيد بسبب ذلك مابعد وانظر على هذا اذا وهب للصغير أوتصدق به عليه أوأوصى له هل لوليه رد ذلك أم لا لم أقف على نص فى ذلك والظاهر ان للاب والوصى النظر فى ذلك لان المال قد يكون حراما وقد يكون فيه منة على الوالد أوولده ولا يجب ذلك ولا كلام ان له الرد اذا كان يطلب عوضا عن ذلك من مال الولد ثم رأيت فى كتاب الأيمان من ابن يونس فى شرح قوله وان حلف ان لايأكل لرجل طعامافدخل ابن الحالف على المحلوف عليه فاعطاه خبزا فخرج الصبى بالخبز لابيه فأكل منه الأب ولم يعلم حنث قال سحنون اما انافتبين عندى لاحنث لان الابن قد ملك الطعام من الأب قال أبو اسحق لم يجعل ملك ابنه تقررا على ماأعطاه فيصير الأب قد أكل مال ابنه لامال المحلوف عليه ولعله أراد أن ذلك يسير للاب رده فلما كان له رده لم يتقرر للابن عليه ملك الابرضا الأب فلهذا احنث الأب واما لو وهبه هبة كثيرة لهابال لايقدر الأب على ردها فأكل منها الأب لانبغى أن لايحنث لانه مال لايقدر الأب على رده على الواهب وقال ابن يونس قال بعض أصحابنا ان كان الأب موسرا حتى يكون له رد ماوهب لابنه من طعام ولا ينتفع به الابا كله فى الوقت كالكسرة والتمرة وشبه هذا ممايناوله الانسان لمن يدخل لان الأب يقول نفقة ابنى على فليس لاحد ان يحمل عنى منها شيأ بغير اذنى فهذا اذا أكل مماأعطاه الصبى حنث ويعد ذلك قبولا منه الخبز المحلوف عليه وان كان الأب معدما حتى لايلزمه نفقة ولده وكان عيش الابن من عند غير الاب من الصدقات ونحوها فاعطاه ذلك الرجل هذا فأكل منه الاب لم يحنث قال وهذا معنى قول مالك والله أعلم قال وعبده وابنه فى هذا سواء لان له رد ماوهب لعبده قل أوكثر الا أن يكون على العبد دين فليس له رد ماوهب له من مال انتهى وماذكره عن بعض أصحابنا ذكره فى النكت عن بعض القرويين ونقل ذلك فى الذخيرة وقال القرافى فى الفرق الخامس والثلاثين الاسباب الفعلية تصح من المحجور دون القولية فلو صاد ملك الصيد أواحتش ملك الحشيش بخلاف مالواشترى أوقبل الهبة أو الصدقة أوقارض أوغير ذلك من الاسباب القولية لايترتب له عليها ملك انتهى ولم يذكر المصنف الركن الرابع وهو الموهوب له وشرطه قبول الملك والله أعلم ص ﴿ وحيز وان بلا اذن وأجبر عليه ﴾ ش والحائز هو الموهوب له ان كان رشيدا فان كان سفيها فوليه وفى صحة حوز السفيه قولان ذكرهما ابن عرفة فى كتاب الهبة وكلام المصنف فى التوضيح والمختصر فى كتاب الوقف يقتضى ترجيح القول بصحة حوزه وتقدم الكلام عليه عند قوله فى باب الوقف ولو سفيها وقوله وأجبر عليه أى على أن يحوزه وهذا على المشهور من ان الهبة تلزم بالقول قال ابن عرفة والمعروف لزوم العطية بعقدها ابن زرقون قال المازرى للواهب الرجوع فى هبته قبل حوزها عند جماعة وفى قولة

كسبه لها أبوها وكلف أن يشهد لهابه لم يستطع على ذلك لانه ممايستفاد الشئ بعد الشئ على أنواع (لا بابن مع قوله داره) ابن مزين من قال لابنه اعمل فى هذا المكان كرما وجنانا أوابن فيه دارا ففعل الولد فى حياة أبيه والاب يقول كرم ابنى وجنان ابنى ان القاعة لا تستحق بذلك وهو موروث وليس للابن الا قيمة عمله منقوضا قال وأما قول الرجل فى شئ يعرف له هذا كرم ولدى أودابة ولدى فليس بشئ ولايستحق الابن منه صغيرا كان أوكبيرا الا بالاشهاد بصدقة أوعطية أو بيع وكذلك المرأة وقد يكون مثل هذا كثيرا فى الناس وليس بشئ فى الولد ولا فى الزوج (وحيز وان بلا اذن وأجبر عليه) * ابن عرفة المذهب لغو التحويز فى الحوز من المدونة من وهب هبة لغير ثواب فقبضها الموهوب بغير أمر الواهب جاز قبضه اذ يقضى بذلك على الواهب ان منعه اياها

شاذة عندنا وحكاها الطحاوى عن مالك وحكاها ابن خويز منداد عن مالك (قلت) تقدم فى الحبس نقل ابن رشد الاتفاق وهى لمعين دون يمين ولا تعليق يقضى بها ابن رشد اتفاقا قال وعلى غير معين كذلك فيها لا يقضى بها ابن رشد فى القضاء بها قولان على اختلاف فى الروايه فيها وعلى معين فى يمين أو تعليق فيها لا يقضى بها ابن رشد هذا هو المشهور ولمحمد بن دينار من تسرى على امرأته وقد شرط لها أنه ان تسرى عليها فالسرية لها صدقة تامة وان أعتقها بطل عتقه وكانت لها وهو خلاف المشهور وقول ابن نافع من شرط لمبتاع سلعة ان خاصمه فهى صدقة عليه فخاصمه لزمته الصدقة ان حمل اللزوم على القضاء بها فهو مثله ابن زرقون لابن نافع من قال ان تزوجت عليك فأمتى صدقة عليك قضى عليه بذلك وقاله ابن دينار (قلت) هذا خلاف عزو ابن رشد مسئلة الأمة لابن دينار ومسئلة السلعة لابن نافع وجزمه به خلاف جعله ابن رشد محتملا وفى القضاء بالمعلق باليمين لغير معين نقل ابن زرقون عن أصبغ والمعروف وفى ايجاب دعوى هبة معين يمين الواهب قولا الجلاب ونقل الباجى عن ظاهر المذهب قائلا دعوى المدين هبة رب الدين دينه يوجب يمينه اتفاقا (قلت) وكذا من ادعى هبة ما بيده من معين انتهى وقال فى الذخيرة فى آخر كتاب الهبة قال صاحب المنتقى الهبة والصدقة والحبس متى كانت على وجه اليمين لمعين أم لا لا يقضى بها اتفاقا لانه لم يقصد البر بل اللجاج ودفع المحلوف عليه وعلى غير اليمين يقضى بها قاله ابن القاسم وقال أشهب الا أن يكون على معين فان الحق له حتى يطلبه انتهى وانظر الكلام فى ذلك فى باب النذر وأفتى ابن رشد فى نوازله فى سؤال سأله القاضى عياض عنه ونص السؤال والجواب رجل أخرج مالا بصدقة فعزل منه شيأ سماه بلسانه وميزه لمسكين بعينه ثم بعد ذلك بدا له فصرفه لمسكين آخر فهل يباح له ذلك أم لا يباح له ذلك لتمييزه إياه لمسكين بقوله بخلاف مسئلة من أخرج لمسكين كسرة فلم يجده لان ذلك لم يعطها للمسكين بقول ولا فعل وفى مسئلتنا هذه أعطاها بالقول ووجب طلبها للمسكين وتميزت له عنده فلا يجوز له صرفها الى غيره وهل صار قوله هذا الفلان وقد أخرج المال مخرج الصدقة كقوله تصدقت بهذا على فلان وهل يستوى فى هذا ما أخرج الانسان على هذا الوجه من ماله وما ميزه لمعين مما يجرى من صدقة غيره على يديه اذ ظهر لى بين الوجهين فرق كما ظهر لى بين المسئلتين الاوليين للعلة التى ذكرت من معنى الصدقة والعطية وهى مخصوصة بما يملك * الجواب تصفحت السؤال فان كان هذا الرجل الذى عزل من المال الذى أخرجه للصدقة شيأ سماه لمسكين بعينه سماه له ونوى أن يعطيه له ولم يبتله له بقول ولا نية فيكره له أن يصرفه الى غيره وان كان بتله له بقول أو نية فلا يجوز له أن يصرفه الى غيره وهو ضامن له ان فعل وكذلك ما جعل اليه تنفيذه مما أخرجه غيره للصدقة سواء ومثله فى المعنى الذى يأمر للسائل بشئ أو يخرج به اليه فلا يجده يكره له أن يصرفه الى ماله ولا يحرم ذلك عليه ان كان انما نوى أن يعطيه له ولم يبتله له بقول ولا نية وبالله التوفيق انتهى من الأجوبة من باب الصدقات وهو الذى ذكره فيما اذا بتله له بالنية يأتى على أحد المشهورين فى لزوم الطلاق بالكلام النفسى والفرق بين التبتيل بالنية ونية الاعطاء انه لو عبر عن الاول عبر عنه بقوله أعطيته لفلان ولو عبر عن الثانى عبر عنه بقوله أعطى أو نيتى أعطى ونحوه فى آخر مسائل الهبة والله أعلم قال فى المسائل الملقوطة (فرع) قال فى الذخيرة فى باب الهبة والصدقة قال ابن يونس قال مالك اذا خرجت للسائل بالكسرة أو بالدرهم فلم تجده أرى أن يعطى لغيره تكميلا للمعروف وان وجدته ولم يقبل فهو أولى من الاول لتأكد العزم بالدفع واختلف هل

(و بطلت ان تأخرلدين محيط)* ابن عرفة احاطة الدين بماله قبل العطية تبطلها اتفاقا وفى كون احاطته بعدها قبل حوزها كذلك قولان قال ابن يونس قال مطرف وابن الماجشون اذا دان المعطى ما أحاط بماله أو بالصدقة فالدين أولى والعطية باطلة والصدقة بيوم تقبض لا بيوم يتصدق بها خلافا لأصبغ (أو وهب لثان وحاز أو أعتق الواهب أو استولد) * ابن عرفة لو أعطى ما وهب قبل حوز الموهوب له وحازه الثانى ففى رده للاول أو مضيه للثانى ثالثها ان فرط فى الحوز لابن القاسم والغير مع محمد وأصبغ ومن المدونة من وهب عبدا أو تصدق به على رجل أو أخدمه اياه حياته ثم أعتقه المعطى قبل حوز المعطى جاز العتق وبطل ماسواه علم المعطى بالهبة أو بالصدقة أو لم يعلم * محمد وكذلك لو كانت أمة فأحبلها قبل الحيازة وكذلك فى العتبية (ولا قيمة) * ابن عرفة لو أعتق الامة أو أولدها معطيها قبل حوزها المعطى فقال ابن القاسم يمضى فعله وقال ابن وهب يرد عتقه ويغرم القيمة فى الايلاد (أو استصحب هدية أو أرسلها ثم مات أو المعينة له ان لم يشهد) روى ابن القاسم ما اشترى من هدايا الحج لأهله لا ينفع الشهادة حتى يشهدوا انه أشهدهم قال لو قالوا سمعناه يقول هذا الامر أتى وهذا لابنى لم ينفعه حتى يقولوا أشهدنا على ذلك ومن المدونة من بعث بهدية أو صلة لرجل غائب ثم مات المعطى أو المعطى قبل وصولها فان كان المعطى أشهد على ذلك حين بعث بها فهى للمعطى أو لورثته وان لم يشهد عليها حين بعثها فأيهما مات قبل أن تصل فهى ترجع الى الباعث أو الى ورثته وفى كتاب ابن المواز من مات منهما أولا رجع ذلك الى ورثة الميت * ابن يونس هذا أبين لأن الصدقة إنما تبطل بموت المتصدق لا بموت المتصدق عليه وقد قال مالك فى المدونة فى باب آخر ان كل من وهب هبة لرجل فمات الموهوب له قبل ان يقبض هبته فورثته مكانه يقبضون هبته وليس للواهب ان يمنع من ذلك * محمد قال مالك ولو أشهد الباعث انها هدية لفلان ثم طلب استرجاعها من الرسول قبل ان يخرج فليس ذلك له (كان دفعت لمن يتصدق عنك بمال ولم تشهد) من المدونة قال مالك من دفع فى صحته مالا لمن يفرقه فى الفقراء أو فى سبيل

له أكلها أم لا فقيل يجوز له أكلها وقيل لا وقيل ان كان معينا أكلها وان كان غير معين لم يأكلها انتهى وقال فيها أيضا (فرع) قال مالك ولا بأس بشراء كسر السائل لقوله عليه الصلاة والسلام لبريرة هو لها صدقة ولنا هدية انتهى (فرع) قال فى رسم الوصايا والحج من سماع أشهب من كتاب العارية اذا قال له بع ولا نقصان عليك يلزمه لان معنى قوله بع والنقصان علىّ فهو أمر قد أوجبه على نفسه والمعروف على مذهب مالك وجميع أصحابه لازم لمن أوجبه على نفسه يحكم به عليه مالم يمت أو يفلس وسواء قال له ذلك بعد ان انتقد أو قبل ان ينتقد انتهى (فرع) تقدم فى باب الرهن عند قول المصنف وهل تكفى بينة على الحوز انه قال فى كتاب الهبة من المدونة ولا يقضى بالحيازة الا بمعاينة بينة لحوزه فى حبس أو رهن أو هبة أو صدقة ولو أقر المعطى فى صحته ان المعطى قد حاز وقبض وشهد عليه باقراره بينة ثم مات لم يقض بذلك ان أنكر ورثته حتى تعاين البينة الحوز اه (فرع) اذا قال لولده أصلح نفسك وتعلم القرآن ولك قريتى فلانة ففعل الولد ثم مات أبوه قبل والقرية بيده قبل ان يبلغ الولد الحوز فقال ابن القاسم فى رسم الكراء والأقضية من سماع أصبغ من كتاب الصدقات لا تكون له القرية الا ان يعرف تحقيق ذلك باشهاد الأب على ذلك ابن رشد لان قوله لك قريتى ليس بنص فى تمليكه اياها بل الظاهر منه ذلك لاحتمال أن يريد تسكنها أو ترتفق بها قال ابن القاسم ويكون أراد التحريض ولم يجعل ما أوجب له القرية به من اصلاحه نفسه وتعلمه عوضا لها فتمضى دون حيازة فى ذلك اختلاف فحكى ابن حبيب عن مطرف انه قال من أعطى امرأته النصرانية دارا ساكنا بها على أن تسلم فأسلمت فلأراها من العطية لانه ثمن اسلامها والاشهاد يجزئها عن الحيازة وان مات بها وبه أقول وقال أصبغ لأراها الا عطية وفى المدونة لابن أبى حازم وابن القاسم من رواية عيسى مثل قول مطرف واختيار ابن حبيب قال ابن أبى حازم فى رجل قال لابنه ان تزوجت فلك جاريتى هى له اذا تزوج وان مات الاب أخذها من رأس المال وان كان دين حاص بها الغرماء وقال ابن القاسم هى له دون الغرماء ان فلس وان مات أخذها من رأس المال ولم يكن لأهل الدين فيها شئ ولو قال بدل الجارية مائة دينار كانت أسوة الغرماء فى الفلس والموت لانه ليس شيأ بعينه ابن رشد وقول ابن القاسم هو الصحيح لا قول ابن أبى حازم ومعناه اذا وجبت له الهبة بالتزويج قبل أن يتداين الاب انتهى باختصار ص ﴿و بطلت ان تأخر لدين محيط﴾ ش يعنى ان الهبة تبطل اذا تأخر الحوز حتى أحاط الدين بمال الواهب وظاهره ولو كان الدين حادثا بعد الهبة وهو أحد القولين وعليه اقتصر ابن الحاجب ص ﴿أو أرسلها﴾ ش تصوره ظاهر (تنبيه) من

الله ثم مات المعطى قبل انفاذه فان كان اشهد حين دفعه الى من يفرقه نفذ ما فات منه وما بقى وهو من رأس المال قال ابن القاسم وان لم يشهد حين دفعه الى المأمور فليرد ما بقى منه الى ورثة المعطى ولا ينفعه ما أمره به وان فرق ما بقى بعد موت المعطى ضمن البقية للورثة (لا ان باع واهب قبل علم الموهوب والا فالثمن للمعطى) من المدونة قال ابن القاسم من تصدق على رجل بدار فلم يقبضها المعطى حتى مات أو باعها المعطى فان علم المعطى بالصدقة فلم يقبضها حتى بيعت تم البيع وكان الثمن للمعطى فان علم أو لم يعلم ولم يفرط حتى غافصه بالبيع فله نقض البيع فى حياة الواهب وأخذها فأما ان مات المعطى قبل ان يقبضها المعطى فلا شئ له بيعت أو لم تبع وقال أشهب ان خرجت عن ملك المعطى بوجه ما فليس للمعطى شئ قال محمد البيع أولى ولا شئ للمتصدق عليه من الثمن وأهل العراق يقولون للواهب الرجوع ما لم يحز عنه انتهى نقل ابن يونس وعزا ابن شاس للمدونة ان الثمن للموهوب له وقال فى الرهون قال ابن القاسم ان لم يعلم الموهوب نقض البيع وان علم مضى البيع وعوض الموهوب بالثمن وقال أشهب بطلت الهبة كبطلان الرهن اذا بيع قبل الحوز والثمن للواهب (أو جن أو مرض) * ابن عرفة شرط الحوز كونه فى صحة المعطى وعقله ومن المدونة كل صدقة أو حبس أو نحلة أو عمرى أو عطية أو هبة لغير ثواب فى الصحة بموت المعطى أو يفلس أو يمرض قبل حوز ذلك فهو باطل الا أن يصح المريض فتحاز عنه بعد ذلك ويقضى بالقبض للمعطى ان منعه وانظر حوزها فى مرضه أنظر بعد هذا (واتصلا بموته) هذا نص ابن شاس وسمع عيسى ابن القاسم من تصدقت بعبد أو غيره فى صحتها فذهب عقلها قبل حوزه فحوزه باطل كموتها * ابن رشد هو كالمرض ورجوع عقلها كصحتها (أو وهب لمودع ولم يقبل لموته) من المدونة قال ابن القاسم اذا وهبك وديعة له فى يدك فلم تقبل حتى مات الواهب فذلك (٥٧) لورثته (وصح ان قبض ليتروى) * الباجى لو وهب المستودع ما بيده فلم يقل قبلت حتى مات الواهب فقال ابن القاسم القياس ان تبطل وقال أشهب بل هى حيازة جائزة الا أن يقول لا أقبل قال محمد وهو أحب الى وذلك ان العطية بيد المعطى له فتأخر القبول لا يمنع صحتها قال وذلك بمنزلة من وهبته (٨ - حطاب - سادس) هبة فلم يقل قبلت وقبضها لينظر رأيه فمات المعطى فهى ماضية ان رضيها وله ردها (أو وجد فيه أو فى تزكية شاهده) من المدونة من وهب هبة لغير ثواب فامتنع من دفعها قضى بها عليه للموهوب ولو خاصمه فيها الموهوب فى صحة الواهب ورفعت الهبة الى السلطان ينظر فيها ففات الواهب قبل قبض الموهوب فانه يقضى بها للموهوب ان عدلت بينته ولو لم يقم الموهوب فيها حتى مرض الواهب فلا شئ له الا أن يصح * ابن شاس اذا كان الطالب جادا فى الطلب غير تارك كما اذا وقعت الهبة بشاهد واحد أو بشاهدين حتى يزكى ففات الواهب فقال ابن القاسم ومطرف وأصبغ هو حوز وقد صحت الهبة انتهى وانظر من هذا المعنى فى نوازل (٢) اذا وهبه ومنعه من التحويز خوف (أو أعتق أو باع أو وهب اذا اشهد وأعلن) * ابن شاس لو باعها الموهوب له فلم يقبضها المشترى حتى مات الواهب فروى ابن وهب ان البيع حيازة وقاله مطرف وابن الماجشون وقال أصبغ ليس البيع حيازة ولا غير ذلك الا العتق وحده * ابن رشد وفى المدونة دليل على القولين ابن شاس ولو وهبها الموهوب له ثم مات الواهب فروى ابن حبيب عن مالك ومطرف أن الهبة حوز وقال ابن القاسم وابن الماجشون الهبة لا تكون حوزا لأنها محتاجة الى حيازة * المتيطى ويصح حوز الحبس بعقد كرائه أو مزارعته ان كان بياضا أو فيه سواد تبع له وان تبع بياضه سواده فبمساقاة ويغنى عن حوزه بالوقوف على معاينة نزول المحبس عليه فيها هذا هو المشهور المعمول به وقال ابن العطار وغيره والكراء فى الارض لعامين وزيادة أقوى (ولم يعلم بها الا بعد موته) أنظر أنت ما معنى هذا واذا مات الموهوب له قبل القبض قال بين أن يكون علم بالهبة أو لا فرق ومن المدونة قال ابن القاسم ان وهبت لحر أو عبد فلم يقبض ذلك حتى مات الموهوب له فلوارثه الحر وسيد العبد قبضها وليس لك أن تمنع من ذلك قال ابن القاسم فان مات المعطى قبل الحوز بطلت الهبة وكذلك ان حازها وهو مريض وقال

بعث مالا يشترى به ثوبا لزوجته فان لم يبتله لها بالبينة أو يشهد لها فهى عدة له أن يرجع فيها قاله ابن رشد فى آخر سماع أصبغ من كتاب الزكاة الاول (مسئلة) من تصدق على رجل بمائة دينار وكتب له كتابا لوكيله ليدفعها اليه فقدم على الوكيل بالكتاب ودفع اليه منها خمسين وقال اذهب سأدفع اليك الخمسين الباقية اليوم أو غدا ففات المتصدق قبل أن يقبض المتصدق عليه الخمسين الباقية من الوكيل قال لا شئ له منها اذا لم يقبضها حتى مات المتصدق وليس له أكثر من الخمسين الذى قبض لان التوكيل بمنزلته ابن رشد هذا بين لان يد الوكيل كيد موكله ص ﴿أو باع واهب قبل علم الموهوب﴾

أشهب يصح له ثلثها (وحوز مخدم ومستعير مطلقا ومودع ان علم) من المدونة من أخدم عبده رجلا سنين ثم قال بعد ذلك هو هبة لفلان بعد الخدمة فقبض المخدم قبض الموهوب له وهو من رأس المال ان مات الواهب قبل ذلك لأن المخدم لم يجب له في رقبة العبد حق بخلاف العبد المرهون قال ابن القاسم ومن آجر عبده أو دابته من رجل ثم وهبها الآخر فليس حوز المستأجر حوزا للموهوب له الا ان يسلم اليه اجارة ذلك معه ليتم الحوز والا العبد المخدم أو المعار الى أجل فقبض المستعار والمخدم قبض للموهوب له وهو من رأس المال ان مات قبل ذلك إذ ليس للمخدم والمعار في رقبة العبد حق ولا يكون قبض المخدم والمعار قبضا للموهوب له حتى يعلم ويرضى ان يكون حائزا للموهوب له كما قال اذا رهن فضلة الرهن لا يكون المرتهن حائزا حتى يعلم ويرضى بذلك وعزا ابن عرفة للمدونة صحة حوز المخدم للموهوب له الرقبة مطلقا الا بشرط كون الاخدام والهبة في عقد واحد قال سحنون فيمن أعطى غلة كرمه أو سكنى داره لرجل حياته ثم تصدق بذلك على ابنه الصغير فذلك جائز وحوز للابن وانه لحسن ان أشهد انه جعل المكرى للابنه قابضا وان لم يشهد فذلك للابن حوز وأما صحة حوز المودع ان علم فقال ابن المواز لو وهب الوديعة ربها الغير المستودع وجمع بينهما وأشهد كانت حيازة وقال ابن القاسم في العتبية ان رب الوديعة اذا أشهد ببينة انه تصدق بها على رجل ولم يأمر بقبضها حتى مات المتصدق قبل قبض المتصدق عليه فان علم الذى هى عنده فتلك حيازة تامة وان لم يعلم فذلك باطل لأنه اذا علم صار حائزا للمعطى ثم ليس للمعطى أخذها ولو دفعها المودع الى المعطى قبل علمه ضمنها (لا غاصب) من المدونة قال ابن القاسم من اغتصبه رجل عبدا فوهبه سيده لرجل آخر والعبد بيد الغاصب جازت الهبة ان قبضها الموهوب قبل موت الواهب وليس قبض الغاصب قبضا للموهوب له (ومرتهن) تقدم قبل هذا عند قوله ورهنا لم يقبض ان قبض المرتهن ليس قبضا للموهوب له (ومستأجر الا ان يهب الاجارة) تقدم نص المدونة الا أن يسلم اليه الاجارة فيتم الحوز (ولا ان رجعت اليه بعده الا لحوز بقرب كان آجرها أو أرفق بها) * ابن المواز اذا مات المعطى فلا يضر ذلك ولو رثته القيام ببطلها ولو مات المعطى قبل الحيازة فالعطية تبطل الا فيما أعطى لصغار بنيه أو من يلى عليه مالم يكن ذلك عينا وهذا في الأب والوصى فقط ولا يجوز ذلك في أم ولا جد ولا أخ أو غيره الا ان يكون وصيا وشئ آخر عندر به مثل الرجل يتصدق بالثوب ونحوه في سفره ومثل الحاج يشتريه لأهله فيشهد على ذلك ثم يموت في سفره فيجوز من رأس المال ولا ينفع أن يذكر ذلك حتى يشهد عليه اشهاد شئ آخر وهو ما كان من الحبس مما لا غلة له مثل السلاح والمصحف واذا أخرج مدة فيما جعله فيه ثم رجع الى يده فهو نافذ وان مات وهو في يده فهو من رأس ماله وشئ آخر الذى تحاز عنه الدار التى يتصدق بها على قوم فيحوزونها مثل السنة فأكثر ثم يكتريها المتصدق بها منهم فيسكنها فيموت فيها فهى نافذة من رأس ماله وأما على من لم يولد بعد فلا ولا على أصاغر ولده وان حاز ذلك هو أو غيره حتى يكبر الاصاغر ويحوزوا مثل السنة فأكثر ثم يكتريها منهم ثم يموت فيها فيجوز وان كنا نكره له ذلك من باب الرجوع في الصدقة وهذا كله قول مالك وأصحابه لا يختلفون فيه قال واذا حاز المعطى الدار وسكن ثم استضافه المعطى فأضافه أو مرض عنده حتى مات أو اختفى عنده حتى مات فلا يضر ذلك العطية ابن حبيب ذهب ابن القاسم وأصبغ الى انه اذا حازها المعطى سنة ثم سكنها المعطى بكراء أو منحة أو بأى وجه فان ذلك لا يبطلها وهى نافذة انتهى أنظر قوله في المتصدق على صغار ولده انه ان عاد اليها بعد سنة بطلت الصدقة حتى يكبر وا ويحوزوا مثل السنة وقد تقدم من هذا عند قوله أو عاد لسكنى مسكنه بعد عام وأذكر لسيدى ابن سراج رحمه الله تعالى انه كان يقول عند المذاكرة في هذا الموضع هذه من المسائل التى تصعب على كثيرا يعظم على مخالفة الرواية ويعظم على مخالفة ما جرى به العمل (بخلاف سنة) تقدم أن هذا بالنسبة الى ماله غلة وعلى غير صغار ولده

ش صوابه كما قال ابن غازى لا ان باع واهب حتى يوافق ما في المدونة والله أعلم وحكم الصدقة كالهبة فاذا باع المتصدق ما تصدق به قبل علم المتصدق عليه لم تبطل الصدقة ويخير المتصدق عليه في نقض البيع واجازته لانه بيع فضولى كما ان للموهوب له اذا باع الواهب ما وهبه قبل علم الموهوب له لم تبطل الهبة ويخير الموهوب له في رده واجازته وأما ان باع الواهب أو المتصدق بعد علم الموهوب له أو المتصدق عليه فالبيع ماض والثمن للمعطى رويت بفتح الطاء وكسرها والى ذلك أشار المصنف بقوله والا فالثمن للمعطى رويت بفتح الطاء وكسرها والمسئلة مفروضة في المدونة في الصدقة وفرضها ابن الحاجب في الهبة فدل على أنه لا فرق بينهما (تنبيه) اذا علم الموهوب له بالهبة ولم يفرط حتى عاجله الواهب بالبيع فله رده نقله في التوضيح عن ابن يونس ص ﴿ ولا ان رجعت اليه بعده الخ ﴾ ش

على الخلاف المذكور ومن المتيطى اذا تصدق على من فى حجره بدار سكناه فلا بد أن تعاينها البينة خالية ويكريها الأب لابنه من غيره فاذا مضت سنة فلا بأس بعودة الأب الى سكناها ويكريها من نفسه ويشهد على ذلك كذا فى العتبية ان حد ذلك السنة وما أشبهها ثم ذكر الخلاف فى هذا فظاهره انه مابنى الاعلى ماتقدم وعلى هذا عول شيخ الشيوخ ابن لب وبه العمل كما تقدم ونحوه فى وثائق الغرناطى خلاف مالابن رشد وقد تقدم من هذا عند قوله أو عاد لسكنى مسكنه (أو رجع مختفيا أو ضيفا فمات) تقدم نص ابن المواز بهذا أيضا (وهبة أحد الزوجين متاعا للآخر وهبة زوجة دار سكناها لزوجها لا العكس) من كتاب محمد والعتبية قال ابن القاسم عن مالك من تصدق على امرأته بخادم وهى معه فى البيت فكانت تخدمها بحال ما كانت فذلك جائز قال سحنون وكذلك لو وهبها اياها فهو حوز قال أشهب عن مالك اذا أشهد لها بهذه الخادم فتكون عندهما كما كانت فى خدمتهما أو وهبت هى له خادمها فكانت على ذلك أو متاعا فى البيت فأقام ذلك على حاله بأيديهما فهى ضعيفة قال ابن المواز وقال لى ابن عبد الحكم عن ابن القاسم وأشهب ان ذلك فيما تواهبا جائز وهى حيازة وكذلك متاع البيت وبه أقول قال ابن القاسم وليس كذلك المسكن الذى هما به يتصدق هو به عليها فأقاما فيه حتى مات فان ذلك ميراث ولو قامت عليه فى صحته قضى لها * أصبغ يعنى أن يسكنها غيره حتى تحوز المسكن قال ابن القاسم وأما لو تصدقت هى عليه بالمنزل وهما فيه فذلك حوز لان عليه أن يسكن زوجته فسكناها فيه حوز * أصبغ وكذا اذا تصدقت بدارها على ولدها الصغير والاب ساكن معها فيها فالصدقة جائزة اذا أسكنت الاب من الدار حتى أن لو شاء أن يخرجها من الدار فعل (ولا ان بقيت عنده الا المحجورة) من المدونة من تزوج جارية بكرا قد طمثت أو لم تطمث فتصدق عليها بشئ أو وهبه لها قبل البناء أو بعده وهى سفيهة أو مجنونة جنونا مطبقا وأشهد على ذلك ولم يخرجه من يده فلا يكون الزوج حائزا لها الا أن يخرج ذلك من يده ويجعله على يد من يحوزه لها ولا يكون متصدق حائزا الا الأب أو وصى لمن فى ولايته والزوج لا يجوز أمره على زوجته ولا بيعه لمالها وأبوها الحائز لها وان دخل بها زوجها مادامت سفيهة أو فى حال لا يجوز لها أمر وانظر قول ابن المواز عند قوله ولا ان رجعت

يعنى ان الرقبة الموهوبة اذا رجعت الى الواهب بعد ان حازها الموهوب له وكان رجوعها الى الواهب عن قرب ورجوعها الى الواهب بان يكون أجرها من الموهوب له أى استأجرها منه أو بان يكون الواهب أرفق بها أى أرفق الموهوب الواهب بالرقبة الموهوبة بريدا وأعمره اياها فان ذلك كله يبطل الهبة قال فى التوضيح باتفاق لما دلت عليه القرينة ان ذلك تحميل اسقاط الحيازة وهكذا صرح الباجى وغيره بالاتفاق انتهى وقوله بخلاف سنة يعنى أن رجوع الرقبة الموهوبة الى الواهب بعد أن حازها الموهوب له سنة لا تبطل الهبة لان السنة طول وقيل الطول سنتان قاله فى التوضيح وما مشى عليه المؤلف من انها اذا عادت اليه بعد الطول الذى جعله سنة لا يبطل الهبة هو أحد القولين ذكرهما ابن الحاجب من غير ترجيح لكن قال فى التوضيح عن ابن عبد السلام ان أقرب القولين ان ذلك لا يضر قال وهو الذى رواه محمد عن مالك وأصحابه انتهى (تنبيهات * الاول) قال ابن سهل فى كتاب الصدقات والهبات سأل ابن دحون القاضى ابن زرب عمن وهبت له دار ثم أعمرها الواهب بعد أشهر يسيرة لا يكون مثلها حيازة ثم علم أن ذلك مما يبطل هبته فاراد ابطال العمرى وقبض الدار فاطرق القاضى فيها حينا ثم قال ان كان الموهوب له ممن يرى انه يعلم أن العمرى ابطال الهبة فقد لزمه ماصنع وبطلت هبته وان كان ممن يرى انه لا يعلم أن العمرى ابطال للهبة فى ذلك انفسخت العمرى ورجع الموهوب له الى الدار وقبضها من الواهب انتهى (الثانى) ماذكره المؤلف محله ما اذا كان الموهوب له يحوز لنفسه يدل على ذلك قول المؤلف آجرها أو أرفق بها قال فى التوضيح وأما ان كان صغيرا فحاز عليه الاب أو غيره ثم رجع الاب اليها قبل أن يكبر ويحوز لنفسه سنة فهى باطلة محمد لا يختلف فى ذلك مالك وأصحابه والفرق بين الصغير والكبير ان الكبير يتصور منه منع الأب من الرجوع فى الهبة فلا يعد رجوعه رجوعا فى الهبة والصغير لا يقدر على ذلك فيعد رجوعه رجوعا فى الهبة انتهى (الثالث) ماتقدم من الاتفاق على بطلانها اذا رجع اليها الواهب قال فى التوضيح فذلك اذا سكنها الاب وحده وأما ان سكن فيها مع الولد فظاهر قول مالك أيضا البطلان وحكى أبو محمد فى كتاب الاختلاف عن ابن حبيب انها لا تبطل لانه انما سكن بحضانته لهم انتهى (الرابع) قوله أو أرفق بها هو ماض مبنى للمفعول من باب الافعال والله أعلم

ص ﴿ وهبة زوجة دار سكناها لزوجها لا العكس ﴾ ش قال ابن عرفة ابن سهل خاض أهل

اليه وانظر قوله الأب أو وصى قال ابن رشد ثالث الاقوال أنظر رسم ان خرجت من سماع عيسى من كتاب الحبس الثانى (الا مالا يعرف بعينه ولو ختم) ابن عرفة حوز الاب لصغار ولده ما يعرف بعينه صحيح ابن رشد اتفاقا الباجى وأما مالا يتعين كالدنانير والدراهم فانها ان بقيت بيد الاب غير مختوم عليها لم يتصرف فيها الابنه الصغير فقال ابن القاسم انه ان مات الاب وهى على ذلك فالعطية باطلة وكذلك لو تصدق عليه بعشرة دنانير من دنانير معينة فقال مالك لا يجوز وان طبع عليها حتى يدفعها الى غيره ويخرجها عن ملكه وذلك انها غير معروفة العين ولا متعينة بالاشارة اليها ولا يصح أن تعرف بعينها اذا أفردت من غيرها ولم يختلف أصحابنا فى ذلك اذا وهبه عشرة دنانير من دنانيره وأما اذا ختم عليها أو أمسكها عنده وقد روى عن مالك انها تبطل زاد ابن الموازوان ختم عليها الشهود والأب وبه أخذ ابن القاسم والمصريون ووجهه انهما لا يتعين بالعقد فلا يصح فيها حيازة مع بقائها بيد المعطى كالتى لم يختم عليها وفى الموازية قال مالك من تصدق على ولده بمائتى دينار وحازها غيره ثم تسلفها ثم مات فذلك باطل بخلاف مالو وهبه دينارا ثم قبضه أو عبدا ثم باعه وهو بيده هذا نافذ (ودار سكناها الآن يسكن أقلها ويكرى له الاكثر وان سكن النصف بطل فقط والاكثر بطل الجميع) المتيطى شرط صدقة الاب على صغار بنيه بدار سكناه اخلاؤها من نفسه وأهله وثقله ومعاينتها البينة فارغة من ذلك ويكريها لهم وقال فى المدونة من حبس على صغار ولده دارا أو وهبها لهم أو تصدق بها عليهم فحوزه لهم حوز الآن يسكنها أو جلها حتى مات فيبطل جميعها وان سكن من الدار الكبيرة ذات المساكن أقلها وأكرى لهم باقيها انفذ لهم ذلك فيما سكن وفيما لم يسكن ولو سكن الجل وأكرى لهم الاقل بطل الجميع وقال فى النكت أحفظ عن بعض شيوخنا اذا سكن أبو الاصاغر شيأ انه على ثلاثة أوجه ان سكن أكثر من النصف بطل الجميع ولو سكن أقل من النصف صح لهم ما سكن وما لم يسكن واذا سكن القليل وأبقى الكثير خاليا لم يجز لهم ذلك حتى يكريها للاصاغر لان تركه لكرائه منع له فكأنه ابقاه لنفسه فذلك كانتقاله اياه لسكناه * عياض وهذا صحيح من النظر ظاهر من لفظ الكتاب أنظر فى سماع أصبغ من تصدق على ابنه الصغير بنصف داره أو بنصف غنمه وترك بقية ذلك ملكا لنفسه شريكا له به جاز وهو حوز له * ابن سهل فى هذا السماع جواز هبة المشاع وان بقى للواهب سائر الموهوب منه ومثله لمالك فى العتبية وكذلك فى صدقة المدونة لابن القاسم وفى آخر الشفعة أيضا وفى ذلك خلاف وقال المتيطى جرى العمل بجواز الصدقة بجزء مشاع مع المتصدق قال ويكتب فى ذلك تصدق على ابنه المالك أمره وتولى الابن المذكور قبض الصدقة من أبيه ونزل فيها مع أبيه على الاشاعة منزلة أبيه وعزا هذا لمالك وابن القاسم أعنى جواز هبة المشاع اذا عمر مع المتصدق وقال ابن رشد اذا وهب الرجل جزأ من جميع ماله على الاشاعة لمحجوره جاز حاشى ما سكن من الدار أو لبس من الثياب الا الطعام ومالا يعرف بعينه حتى يخرجه من يده قال ابن زرب ان كان مالا يعرف بعينه تبعا لما جاز فالجميع نافذ

مجلس ابن زرب فى صحة حوز الزوجة دارا تصدق بها زوجها عليها لسكناها معه قال جلهم حوز وأنكره ابن زرب لسكنى الزوج قالوا فما تقول قال هى مشتبهة وتوقف قال ابن سهل فيه دليل عدم الاجتهاد لعزوب هذه عندهم مع نصها فى سماع عيسى فينبغى أن لا يغفل عن درس المسائل فآفة العلم النسيان وحكى عن أبى عمر الاشبيلى انه لا يبقى مع الحافظ آخر عمره الا معرفة موضع المسائل وما هى بمنزلة كبيرة لمن كان بهذه المنزلة فى العلم ولم يكن كما ذكر عن بعض من اتسم بالفتيا انه طلب باب الحضانة فى باب طلاق السنة فلم يجده فرمى بالكتاب فى محرابه وهذا هو الموجود فى وقتنا انتهى وقال قبله عن ابن سهل لو تركت الدرس عامين لنسيت ما هو أظهر من هذا يشير الى مسئلة ذكرها قال ابن عرفة يؤخذ منه انه ينبغى لمن ابتلى بالفتوى أن لا يترك ختم التهذيب مرة فى العام وكذا كنت أفهم مما ذكر عن بعض شيوخنا وذكر القاضى تقى الدين الفاسى فى ترجمة الوانوغى عن الوانوغى أنه كان يقول كان ابن عبد السلام يقول من لا يختم المدونة فى كل سنة لا يحل له الفتوى منها انتهى ص ﴿ الا مالا يعرف بعينه ولو ختم ﴾ ش هذا قول ابن القاسم وروايه المصريين عنه قال المتيطى وبه الحكم وعليه العمل وعليه اقتصر فى الارشاد وقال فى الشامل انه الاصح وقال الشيخ داود فى شرح الرسالة انه المشهور وبه أفتى ابن رشد ذكره فى نوازله من مسائل الهبات وقال الرجراجى فى القول الثانى انه الاظهر قال ابن رشد فى الاجوبة فى مسائل الهبات والصدقة بالعين على الصغير لا تصح الا أن يخرجها المتصدق من ماله ويضعها على يد من يحوزها له بمعاينة الشهود لذلك فاذا لم يكن الا اقرار الاب ان الام تصدقت على ابنتها بمائة

ولا يصح هذا عندي لانها أنواع ولا يجعل الاقل تبعا للاكثر الا في النوع الواحد ومن نوازل ابن رشد اذا حال الخوف قبل امكان الوصول اليها (وجازت العمرى) ابن عرفة العمرى تمليك منفعة حياة المعطى بغير عوض وحكمها الندب و يتعذر عروض وجوبها (كاعمرتك) الباجي صيغة العمرى مادل على هبة المنفعة دون الرقبة كاسكنتك هذه الدار ووهبتك سكناها عمرك (أو وارثك) من المدونة ان قال له قد أسكنتك هذه الدار وعقبك رجعت اليه ملكا بعد انقراضهم فان مات فلأقرب الناس به يوم مات أوالى ورثتهم انتهى قال ابن عات وهذا قول مالك وأصحابه ورد على ابن الهندى ولم يحك المتيطى عن المذهب الا ابن الهندى ماقال وكذلك الجزيرى (و رجعت للمعمر) من المدونة قال ابن القاسم من قال لرجل قد أعمرتك هذه الدار حياتك أوقال هذا العبد أوهذه الدابة جاز ذلك عند مالك وترجع بعد موته الى الذى أعمرها أوالى ورثته * قلت فان أعمره ثوبا قال لم أسمع عن مالك فى الثياب شيأ وأما الحلى فأراه بمنزلة الدور قال فى كتاب العرية والثياب عندى على ما أعراها عليه من الشرط (كحبس عليكما وهو لآخر كاملكا) من المدونة من قال لرجلين عبدى هذا حبس عليكما وهو لآخركما جاز ذلك عند مالك وهو للآخر منهما يبيعه ويصنع به ماشاء (لا الرقبى كذوى دارين قالا ان مت قبلى فهمالى والا فلك) من المدونة لم يعرف مالك الرقبى ففسرت له فلم يجزها وهى أن يكون داران بين رجلين فيحبسانها على ان من مات أولا فنصيبه حبس على الآخر (كهبة نخل واستثناء ثمرتها سنين والسقى على الموهوب أو فرس لمن يغزو سنين وينفق عليه المدفوع له ولا يبيعه الا بعد الاجل) من المدونة قال مالك من تصدق على رجل بحائط وفيه ثمر فزعم انه لم يتصدق بالثمرة فان كانت الثمرة يوم الصدقة لم تؤبر فهى للمعطى وان كانت مأبورة فهى للمعطى كالبيع و يقبل قوله وكذلك الهبة و رب الحائط مصدق من حين تؤبر الثمرة قال ابن القاسم ولا يمين عليه فى ذلك قلت وكيف حيازة النخل وربها يسقيها لمكان ثمرته فقال ان خلى بينه و بين الثمرة يسقيها كانت حيازة قال ابن المواز ويقبض الموهوب النخل و يكون سقيها على الواهب فى ماله لمكان ثمرته ويتولى الموهوب سقيها لمكان حيازته ومن المدونة قال ابن القاسم وكذلك لو استثنى الواهب ثمرتها لنفسه عشر سنين فان أسلم النخل الى الموهوب يسقيها بماء الواهب ويدفع اليه ثمرها كل سنة فذلك حوز وان كان الموهوب يسقيها بمائه والثمرة للواهب لم يجز لانه كأنه قال اسقها الى عشر سنين ثم هى لك ولا يدرى أيسلم النخل الى ذلك الاجل أم لا وانه قد قال لى مالك فيمن دفع الى رجل فرسه يغزو وعليه سنتين أوثلاثة و ينفق عليه المدفوع اليه الفرس من عنده ثم هو للمدفوع اليه بعد الاجل وشرط عليه أن لا يبيعه قبل الاجل انه لا خير فيه و بلغنى عنه انه قال أرأيت ان مات الفرس قبل الاجل أتذهب نفقته باطلا أهذا غرر فهذا يدلك على مسئلتك فى النخل وأما ان كانت النخل بيد الواهب يسقيها و يقوم عليها ولم يخرجها من يده فهذا انما وهب نخله بعد عشر سنين

دينار وتسلفها الاب منها وتصديق الام له على ذلك اتهم الاب فى أن يكون أراد أن يولج اليها ذلك من ماله بعد وفاته فلا يصح ذلك الا بمعاينة الشهود على الصدقة بدفع المال الى الأب ليحوزه للابنة عن الأم انتهى واما لو دفعها لغير الأب فانه يكون شاهدا ص ﴿ وجازت العمرى كاعمرتك ﴾ ش قال ابن عرفة العمرى تمليك منفعة حياة المعطى بغير عوض انشاء فيخرج الحكم باستحقاقها و يصدق عليها قبل حوزها لانه قبله عمرى وكذا بقية الأنواع وحكمها الندب لذاتها و يتعذر وجوب عروضها الا كراهتها أوتحريمها * الصيغة الباجى مادل على هبة المنفعة دون الرقبة كاسكنتك هذه الدار عمرك أووهبتك سكناها عمرك انتهى قال فى أواخر كتاب الهبات من المدونة ومن قال قد أعمرتك هذه الدار حياتك أوقال هذه الدابة أوهذا العبد جاز ذلك وترجع بعد موته الى الذى أعمرها أوالى ورثته ثم قال ومن قال دارى هذه لك صدقة سكنى فانما له السكنى دون رقبتها وان قال له قد أسكنتك هذه الدار وعقبك من بعدك أوقال هذه الدار لك ولعقبك سكنى فانها ترجع اليه ملكا بعد انقراضهم فان مات فالى أولى الناس به يوم مات أوالى ورثتهم لانهم هم ورثته انتهى وقال ابن عرفة بعد ذلك قال الباجى فى المجموعة والموازية ابن القاسم وأشهب من قيل له هى لك صدقة سكنى فليس له الا اسكناها دون رقبتها محمد حياته انتهى (تنبيه) اذا قال أعمرتك ولم يقل حياتك أوحياتى ولم يضرب لها أجلا فهى عمرى وكذلك أسكنتك قال اللخمى فى أواخر العارية فصل وقد أتت هبات متقاربة اللفظ مختلفة الاحكام حمل بعضها على هبة الرقاب و بعضها على هبة المنافع وهو ان يقول كسوتك هذا الثوب وأخدمتك هذا العبد وحملتك على هذا البعير وأسكنتك هذه الدار وأعمرتك فحمل قوله أعمرتك وأسكنتك وأخدمتك على أنها هبة منافع حياة المخدم والمسكن والمعمر وقوله كسوتك هذا

الثوب أو حملتك على هذا البعير أو الفرس على هبة الرقاب ثم قال والعمرى ثلاثة مقيدة باجل أو حياة المعمر ومطلقة ومعقبة فان كانت مقيدة باجل فقال أعمرتك هذه الدار سنة أو عشرا أو حياتى أو حياتك كانت على ما أعطى وان أطلق ولم يقيد كان محمله على عمر المعطى حتى يقول عمرى أو حياتى وان عقبها فقال أعمرتكها أنت وعقبك لم ترجع اليه الا ان ينقرض العقب انتهى وقال ابن جزى فى القوانين العمرى جائزة اجماعا وهى ان يقول أعمرتك دارى وضيعتى أو أسكنتك أو وهبت لك سكناها أو استغلالها فهو قد وهب له منفعتها فينتفع بها حياته فاذا مات رجعت الى ربها وان قال لك ولعقبك فاذا انقرض عقبه رجعت الى ربها أو الى ورثته انتهى وقال اللخمى قبل كلامه المتقدم وان قال أذنت لك أن تسكن دارى أو تزرع أرضى أو تركب دابتى أو تلبس ثوبى كان عارية وتجرى على ما تقدم من العارية اذا ضرب لها أجلا أو لم يضرب انتهى وقال ابن عرفة فى آخر كتاب العارية المخدم ذو رق وهب مالك خدمته اياها لغيره فيدخل المدبر والجزء من العبد لا المكاتب وام الولد وهو أحد أنواع العارية ان لم يخرج ربه عن ملك رقبته بعتق أو ملك ثم تكلم على نفقته وقال فى النوادر فى كتاب الخدمة من كتاب ابن المواز قال ابن القاسم ومن وهب خدمة عبده لرجل ولم يوقت فاما فى الوصية فله خدمة العبد حياة المخدم لانه أوصى له بخدمته ولم يتركها لورثته وأما فى الصحة فاسأله وأصدقه فان مات ولم يبين فلا شئ للمخدم فيه قال أصبغ له خدمته حياة المخدم قال محمد قول ابن القاسم أحب الى أن لا شئ له بخلاف من قال لرجل وهبت لك خدمة عبدى أو أخدمتك عبدى ومسئلتك انما هى اخدم فلانا انتهى (فرع) سئل ابن رشد عمن أعمرت أبويها دارا فمات أحدهما فقامت المعمرة تطلب نصف الدار وهل الأبوان والاجنبيان سواء أم لا فاجاب اذا كانت المعمرة حية فهى مصدقة فيما تزعم من انها أرادت أن يرجع اليها حظ من مات منهما الا الى صاحبه وان ادّعى الباقى منهما انها نصت على ان الدار تبقى للآخر منهما لزمتها اليمين ولو ماتت ولم يدر ما أرادت لتخرج ذلك على الاختلاف فى الذى يحبس على معينين فيموت بعضهم هل يرجع الى المحبس أو الى من بقى منهم حتى يموتوا كلهم ولا فرق فى هذا بين الأبوين وغيرهم انتهى من مسائل العمرى وقال ابن بطال فى أحكامه قال ابن المواز قال مالك وابن القاسم وابن وهب وأشهب فيمن حبس دارا أو حائطا على قوم فمات بعضهم فان ما كان للميت من ذلك يرجع على بقية أصحابه وكذلك فى جميع الاحباس من غلة أو سكنى أو خدمة أو دنانير محبسة كان مرجع ذلك الحبس الى صاحب ذلك الأصل أو الى غيره أو الى السبيل أو الى الحرية وهذا اذا كان مشاعا فاما ان كان لكل واحد منهم يوم على حدة أو كيل مسمى أو سكنى معروف لكل واحد من أيام بعينها أو سكنى بعينه لكل واحد منهم سماه فهذا من مات منهم يرجع نصيبه الى صاحب الحبس ان جعل مرجع الحبس اليه أو الى من جعل مرجعه اليه قاله كله مالك وقد قال أيضا خلافه ان لم يكن حبسا عليهم مشاعا انظر بقية كلامه وقال ابن رشد فى نوازله فيمن نحل ابنه عند عقد نكاحه ثلث مستغل املاكه حيثما كانت ولم يذكر حياة الناحل ولا المنحول له ثم توفى الناحل بعد عشرة أعوام وكان المنحول له يستغلها فقام سائر الورثة وقالوا ليس لك بعد حياة أبيك شئ وقال بعد ذلك لى حياتى فاجاب الذى أقول به فى هذه المسئلة على مذهب ابن القاسم أن للمنحول ثلث غلة الاملاك ما بقيت وكان لها غلته طول حياته ولورثته بعد وفاته قياسا على قوله فيمن وهب لرجل خدمة عبده ولم يقل حياة المخدم ولا حياة العبد ان لورثة المخدم خدمة هذا العبد ما بقى الا أن يستدل من مقالته على انه أراد حياة المخدم ويأتى على قول غيره

فذلك جائز للموهوب له ان سلمت النخل الى ذلك الاجل ولم يمت ربها ولا لحقه دين وله أخذها بعد الاجل وان مات ربها أو لحقه دين فلا حق له فيها ومعنى مسئلة الفرس ان المدفوع اليه الفرس يغزو عليه (وثواب غزوه فى الاجل لدافعه) انظر رسم حلف من سماع ابن القاسم

انه انما للمخدم خدمة العبد حياة المخدم لاحياة العبد أن يكون للمنحول فى مسئلتك ثلث غلة الاملاك مادام حيا وأما ان يسقط حقه بموت الناحل فذلك مالا يصح على قول قائل من أهل العلم وبالله التوفيق انتهى من باب النحلة والسياقة من كتاب النكاح ص ﴿ وللاب اعتصارها من ولده ﴾ ش قال أبو الحسن قال عياض معنى الاعتصار الحبس والمنع وقيل الارتجاع قاله ابن الاعرابى وكلاهما فى ارتجاع الهبة صحيحا انتهى وقال ابن عرفة والاعتصار ارتجاع المعطى عطيته دون عوض لابطوع المعطى الصيغة مادل عليه لفظا وفى لغو الدلالة عليه التزاما نقلا ابن عات عن بعض فقهاء الشورى وابن ورد قال بعض فقهاء الشورى من شرط فى هبة ابنه الصغير الاعتصار ثم باعها باسم نفسه ومات فقيمتها الابنه فى ماله وليس ذلك اعتصارا الا أن يشهد عند بيعه أو قبله ان بيعه اعتصار ولا يجوز اعتصارها بعد بيعها ولا يكون اعتصارها الا بالاشهاد وفى الاستغناء رأيت لابن ورد ماظاهره خلاف هذا قال ان باع الاب مال ابنه ونسبه لنفسه وأفصح بذلك والمبيع لم يصر للابن الا من قبل أبيه بهبة يجوز اعتصارها فيختلف فى ذلك والاظهر انه بيع عداء يتعقبه حكم الاستحقاق (قلت) بالاول أفتى ابن الحاج فى نوازله انتهى كلام ابن عرفة وقال ابن راشد فى اللباب الصيغة مايدل على ذلك نحو اعتصرت ورددت ثم ذكر بعض ماتقدم وهو أن بيعه لا يكون اعتصارا قال ولا يجوز اعتصارها بعد البيع والثمن للولد ولا يكون اعتصار الابوين الا بالاشهاد انتهى انظر البرزلى فى مسائل الهبة فقد أطال فى ذلك والله أعلم (تنبيه) تكلم فى أوائل سماع ابن القاسم من الصدقات والهبات على حكم ما اذا باع الاب ماتصدق به على ولده وقال فى شرح المسئلة الرابعة منه فاذا وهب لابنه الصغير دينا على رجل ثم اقتضاه منه بعد ذلك فهو كما قال بمنزلة العرض يتصدق به عليه ثم يبيعه بعد ذلك ان الثمن يكون للابن فى ماله و بعد وفاته لان تنصيص العرض المتصدق به بالبيع كقبض الدين وسواء باع العرض لابنه باسمه أوجهل ذلك فلم يعلم ان كان باع لنفسه أو لابنه وأما ان باع ذلك لنفسه نصا على سبيل الرجوع فيها والا كل لها فالبيع مردود والصدقة جائزة و يتبع المشترى الاب بالثمن فى حياته وبعد وفاته وجده أولم يجده لان الصدقة قد كانت حيزت للابن ولو كانت الصدقة دارا يسكنها الاب فباعها قبل أن يرحل عنها لنفسه استرجاعا لصدقته واستخلاصا لنفسه بطل البيع ان عثر عليه فى حياته ومضت الصدقة للابن وان لم يعثر على ذلك حتى مات الأب بطلت الصدقة ولم يكن للابن فيها حق ولافى الثمن وصح البيع للمشترى والله أعلم انتهى وانظر المتيطية فى كتاب الصدقة وقال فى مفيد الحكام فى كتاب العتق ومن وهب عبد الولده الصغير ثم أعتقه لم ينفذ عتقه فيه الا أن يكون أبو الولد موسرا فيعطى الولد قيمة العبد و ينفذ العتق والا فلا وقد قيل ان ذلك رجوع فيما وهب من العبد وليس عليه شئ وهذا فى الموضع الذى يجوز له فيه الرجوع فى هبته انتهى وقال فى الذخيرة فى كتاب الهبة قال الأبهرى واذا تصدق على ولده بعبد فأعتقه وعوضه غيره مثله أو أدنى جاز ان كان فى ولايته لشبهة الولاء وشبهته فى ماله فان كان كبيرا امتنع و يمتنع ذلك من الوصى لعدم الشبهة بالمال انتهى وسئلت عن رجل ملك ولده بئرا أو أرضا ثم بعد أربع سنين أوقف جميع أملاكه على أولاده وأدخل فى ذلك الارض والبئر التى أوقفها على ولده أولا فاجبت بانه ان كان الولد كبيرا وحاز ماملكه أبوه أو صغيرا وأشهد أبوه انه حازله فالتمليك صحيح ولا يبطله الوقف الذى بعده الا أن يشهد الأب انه رجع فيما ملكه لولده قبل الوقفية ان كان الولد كبيرا ولم يحز أو صغيرا ولم يحز الأب له حتى أوقفه فالوقف صحيح والتمليك باطل الا أن يحكم به حاكم لا

(وللأب اعتصارها من ولده) ابن يونس روى انه لا يحل لأحد أن يهب هبة ثم يعود فيها الا الوالد قال مالك فكل صدقة فلا اعتصار فيها للأبوين وأما الهبة والعطية والنحل والعمرى فلهما الاعتصار فى ذلك

(كأم) من المدونة قال مالك للام أن تعتصر ماوهبت أونحلت لولدها الصغير فى حياة أبيه مالم يستحدثوا دينا أو يحدثوا فيها حدثا وقال ابن عرفة المذهب صحة اعتصار الاب ماوهبه لابنه صغيرا كان الابن أو كبيرا ومعروف المذهب الام مثله (فقط) من المدونة قال ربيعة لا يعتصر الولد من الوالد قلت فهل يجوز لغير الابوين من جد أوجدة أوعم أو عمة أوخال أوخالة من غيرهم اعتصار هبتهم قال لا يجوز الاعتصار فى قول مالك الا للوالد والوالدة ولا يجوز لاحد غيرهما (وهبة ذى أب) من المدونة قال مالك ماوهبت الأم أونحلت لولدها الصغار ولا أب لهم فليس لها أن تعتصر لانه يتيم ولا يعتصر من يتيم ويعد ذلك كالصدقة عليه (وان مجنونا) من المدونة قال ابن القاسم ان وهبت الام ولدها والاب مجنون جنونا مطبقا فهو كالصحيح فى وجوب الاعتصار لها (ولو يتيما على المختار) اللخمى ان كان له أب يوم العطية فلم تعتصر حتى مات الاب كان لها أن تعتصر لانها لم تكن على وجه الصدقة اه والذى لابن يونس قال محمد ان وهبت لولدها الصغير فبلغ قبل أن يموت الاب ثم مات أبوه كان للام أن تعتصر ماوهبته فأما ان مات قبل بلوغ الولد فليس للام أن تعتصر ماوهبته لان بموت الاب قبل البلوغ انقطع الاعتصار فلا يعود اه فانظر هذا مع ماتقدم (الا فيما أريد به الآخرة) فى نوازل سحنون هبته لابنه للصلة لا يجوز اعتصارها وكذا هبته لضعفه وخوف الخصاصة عليه وقال ابن الماجشون كل هبة لولده لوجه الله أولطلب الأجر أولصلة الرحم لا تعتصر * ابن رشد هذا مثل قول عمر فى المدونة ونحوه فى مختصر ابن عبد الحكم وهو أظهر من قول مطرف (كصدقة بلا شرط) الباجى ان أطلق لفظ الهبة أو العطية أو النحلة ولم يقل سلطت عليها حكم الاعتصار فقال (٦٤) ابن الماجشون وأصبغ له أن يعتصر لانها عطية لم يقرن بها ما يخلصها للقربة فجاز فيها الاعتصار كالو شرط فيها الاعتصار اه وقد تقدم قول مالك كل صدقة فلا اعتصار فيها للوالدين (ان لم تفت بحوالة سوق أو زيد أو نقص) لو قال وان فاتت بحوالة سوق لا زيد أو نقص لوافق ما يتقرر قال الباجى اذا تغيرت الهبة فى قيمتها بتغير الأسواق ان لم يمنع ذلك الاعتصار قاله مطرف وابن الماجشون وأصبغ لان الهبة على حالها وزيادة القيمة ونقصها لا تعلق له بها ولا تأثير له فى صفتها فلم يمنع الاعتصار كنقلها من موضع لآخر وأما اذا تغيرت الهبة فى عينها فقد قال مطرف وابن الماجشون زيادتها فى عينها ونقصها لا يمنع اعتصارها وقال أصبغ يمنع اعتصارها وهو الظاهر من قول مالك وابن القاسم لان تغير حالة ذمة المعطى تمنع الاعتصار فان يمنعه تغير الهبة فى نفسها أولى وأحرى (ولم ينكح ولم يداين) من المدونة قال مالك وللاب أن يعتصر ماوهب أو نحل لبنيه الصغار والكبار وان لم يكن للصغار أم لان اليتيم انما هو من قبل الاب مالم ينكحوا أو يستحدثوا دينا الا انه انما أنكح لغناه ولما أعطى وعليه داينه الناس وكذلك يرغب فى الابنة ويرفع فى صداقها فلذلك منع الاعتصار وذلك ان كانت الهبة كثيرة مما زاد فى الصداق من أجلها فاما الثوب ونحوه فلا وروى عيسى عن ابن القاسم فيمن نحل ابنته غلة فتزوجها على ذلك رجل ثم مات أوطلق فقد انقطع الاعتصار بالنكاح فلا يعود دينا لها أولم يبق وكذلك من نكح من الذكور والاناث أوداين ثم زال الدين أو زالت العصمة فلا اعتصار لها ومن المدونة قضى عمر بن عبد العزيز فيمن نحل ابنه أوابنته ثم نكحا على ذلك فلا رجوع له وان نحلها بعد النكاح فذلك له مالم يتداينا أو يموتا (أو يطأ ولو ثيبا) محمد اذا وهبه أبوه أوأمه بعد تزويجه فله أن يعتصر مالم يتداين الولد أوتنمى الهبة أو يطأها ان كانت جارية فيفوت الاعتصار وان لم تكن بكرا أولم تحمل قاله مالك وابن القاسم وأشهب وابن وهب (أو يمرض كواهب) قال يحيى بن عمران مرض الاب والابن فلا اعتصار فى مرض أحدهما وان زال المرض فله أن يعتصر بخلاف النكاح والدين لانه لم يعامل عليه فى المرض وقال سحنون مثله فى الاب قال ولا يشبه

يشترط الحيازة وهو على القول الراجح ان الاعتصار لا يكون الا بالقول ولا يكون بالعتق وبذلك أفتى القاضى أبو القاسم المالكى الانصارى والله أعلم ص ﴿ كام وهبت ذا أب ﴾ ش يعنى ان الام اذا وهبت لولدها فان كان له أب فلها ان تعتصر منه وان لم يكن له أب فلا تعتصر منه وهذا اذا كان الولد صغيرا وأما ان كان كبيرا فلها أن تعتصر منه كان له أب أولم يكن قال فى المدونة وللام ان تعتصر ماوهبت أونحلت لولدها الصغير فى حياة أبيه أوولدها الكبير الا أن ينكحا أو يتداينا فان لم يكن للصغير أب حين وهبته أو نحلته فليس لها أن تعتصر لانه يتيم ولا يعتصر من اليتيم ويعد كالصدقة وان وهبتهم وهم صغار لا أب لهم ثم بلغوا ولم يحدثوا فى الهبة شيأ فليس لها أن تعتصر لانها وهبت فى حال اليتم وان وهبتهم وهم صغار والاب مجنون جنونا مطبقا فهو كالصحيح فى وجوب الاعتصار لها انتهى والى هذا الاخير أشار المصنف بقوله وان مجنونا ص ﴿ ان لم يفت بحوالة سوق ﴾

المعتصر منه المعتصر فى ذلك قال أصبغ اذا امتنع الاعتصار بمرض أحدهما أو بنكاح الولد أو بدين ثم زال المرض والدين والنكاح فلا اعتصار واذا زالت العصرة يوما ما فلا تعود وقاله ابن حبيب عن مالك وقال المغيرة وابن دينار اذا صح المعطى أو المعطى له رجعت العصرة كما تنطلق يده فى ماله فيما كان ممنوعا منه انتهى نقل ابن يونس وقال اللخمى اختلف اذا امتنع الاعتصار لمرض الاب أو الابن ثم برئا فقال المغيرة وابن دينار وابن القاسم وابن الماجشون يعتصر وهو أبين لأن المنع انما كان لان الظاهر انه مرض موت فاذا صح تبين انهم أخطؤا وانه مرض لا يموت منه ولو اعتصر فى ذلك المرض ثم صح منه كان الاعتصار صحيحا لأنه قد تبين انه كان فى حكم الصحيح (الا ان يهب على هذه الاحوال) * ابن الحاجب ولو وهب على هذه الاحوال ففى افاتتها الرجوع قولان ابن عبد السلام الأقرب صحة الاعتصار (أو يزول المرض على المختار) تقدم نص اللخمى بهذا وتقدم نقل ابن يونس قبله فانظره معه (وكره تملك صدقة بغير ميراث) من المدونة قال مالك لا يشترى الرجل صدقته من المتصدق عليه ولا من غيره * محمد ولا ترجع اليه باختيار من شراء أو غيره وان تداولته أملاك ومواريث واختلف هل النهى على الندب أو الوجوب فقال مالك لا ينبغى ان يشتريها وقال يكره وظاهر الموازية انه لا يجوز (٦٥) * اللخمى والاول أحسن لأن المثل ضرب لنا بما ليس بحرام * ابن عرفة التعليل يدل على ذم الفاعل بتشبيهه بالكلب العائد فى قيئه والذم على الفعل يدل على حرمته وقاله عز الدين ولبعد اللخمى عن ذكر قواعد أصول الفقه قال هذا والله أعلم ورجوعها بالارث جائز اتفاقا لأنه جبر (ولا يركبها ولا يأكل غلتها) من المدونة من تصدق على أجنبى بصدقة لم يجز له أن يأكل من ثمرها ولا يركبها ان كانت دابة ولا ينتفع بشئ منها ولا من ثمنها وأما الأم والأب اذا احتاجا فلا بأس ان ينفق عليهما مما تصدقا به على الولد قال محمد ولا يستعير ما تصدق به أو أعطاه لرجل فى السبيل وان تصدق بذلك عليه فلا يقبل قال محمد وان لم يبتل الأصل وانما تصدق بالغلة عمرى أو أجلا فله شراء ذلك قاله مالك وأصحابه الا عبد الملك (وهل الا ان يرضى الابن الكبير بشرب اللبن تأويلان) قال محمد للرجل أن يأكل من لحم غنم تصدق بها على ابنه ويشرب من لبنها ويكتسى من صوفها اذا رضى الولد وكذلك الأم قال محمد وهذا فى الولد الكبير وأما الصغير فلا يفعل وقاله مالك انتهى ولم أجد لابن يونس غير هذا وفى الرسالة ولا بأس ان يشرب من لبن ما تصدق به (وينفق على أب افتقر منها) تقدم نص المدونة الاب والأم اذا احتاجا أنفق عليهما مما تصدقا به على الولد (وتقويم جارية أو عبد للضرورة ويستقصى من نفسه لولده) انما جعل المتيطى هذا بالنسبة الى الأمة خاصة للولد الصغير خاصة ومن المدونة قال مالك من تصدق على ابنه الصغير بجارية فتبعتها نفسه فلا بأس ان يقومها على نفسه ويستقصى الابن قال محمد عن ابن القاسم انما رخص فى هذا الموضع للولد الصغير من أبيه ولو كان كبيرا أو أجنبيا ما حل له ذلك وقاله مالك * ابن عرفة مثل قول المدونة فى سماع ابن القاسم والموهوب عبدا قال ابن رشد قول المدونة فى الجارية أعذر منه فى العبد لتعلق نفسه بها راجع ابن عرفة

ش قال الشارح ظاهره أن الهبة يفوت اعتصارها بحوالة السوق والذى حكاه الباجى عن مطرف وعبد الملك وأصبغ أن ذلك غير مفيت ابن راشد ولا خلاف فيه انتهى (قلت) حكى فى معين الحكام قولين فى فوات الاعتصار بحوالة الأسواق فيحتمل أن يكون المصنف اعتمد القول بالافاتة فتأمله والله أعلم ص ﴿ وكره تملك صدقة بغير ميراث ﴾ ش يريد بوجه من وجوه التمليك الا بارث وان تداولتها الاملاك ولا يشتريها من فقير واحترز بالصدقة من الهبة فانه يجوز له أن يتملكها على المشهور قاله فى التوضيح ص ﴿ ولا يركبها أو يأكل غلتها ﴾ ش انظر هل النهى على المنع أو الكراهة وظاهر المدونة المنع قال فى كتاب الصدقة ومن تصدق على أجنبى بصدقة لم يجز أن يأكل من ثمرتها ولا يركبها ان كانت دابة ولا ينتفع بشئ منها انتهى وقال ابن عبد السلام فى شرح قول ابن الحاجب ولا يأكل من ثمرتها ولا يركبها يعنى اذا تصدق بحائط فلا يأكل ثمرته واذا تصدق بدابة فلا ينتفع بركوبها وفى ذلك قولان أشهرهما الجواز لحديث العرايا وقال عبد الملك لا ينتفع بذلك خليل وفيه نظر لان الجواز خلاف ظاهر المدونة انتهى (قلت) ان حمل الجواز على أن المراد به المباح فهو مشكل كما ذكره لان لفظ المدونة لا أقل أن يحمل على الكراهة ولا حجة فى حديث العرايا لانهم قد صرحوا بانه مستثنى من شراء ما تصدق به للضرورة وان أريد بالجواز ما يعم المكروه فلا اشكال وكان مقابله أعنى قول عبد الملك يقول بالمنع كما هو ظاهر لفظه (تنبيه) قال فى التوضيح قوله ولا يأكل من ثمرتها ظاهره لا ينتفع بها مطلقا وفى الرسالة لا بأس أن يشرب من

(وجاز شرط الثواب) * ابن يونس الهبة للثواب كالبيع فى هذا فى أكثر الحالات وان لم يسم العوض عند الهبة أجازه العلماء على ما روى عن محمد وغيره خالفت البيع فى هذا كخلاف نكاح التفويض لنكاح التسمية ولا بأس باشتراط الثواب عند الهبة وان لم يصفه (ولزم بتعيينه) * ابن رشد وهبة الثواب على ثلاثة أوجه * الاول أن يهب على ثواب يرجوه ولا يسميه ولا يشترطه فهذا على مذهب ابن القاسم كنكاح التفويض * والثانى أن يهب على ثواب يشترطه ولا يسميه فقيل انه كالهبة التى يرى انه أراد بها الثواب قاله أصبغ وهو قول ابن القاسم وقال ابن الماجشون هذا غرر لأنه باع سلعة بقيمتها * الثالث أن يهب على ثواب يشترطه ويسميه فهو بيع من البيوع ويسميه فيها ولو قال فهو بيع من البيوع يحله ما يحل البيع ويحرمه ما يحرم البيع كان أولى * الباجى من الجهالة فى الثمن ان يبيعه السلعة بقيمتها أو بما يعطى فيها ولو قال بعتكها بما شئت ثم سخط ما أعطاه قال ابن القاسم ان أعطاه القيمة لزمه * الباجى حمل ابن القاسم هذا على المكارمة كهبة الثواب واعتبر محمد لفظ البيع فمنعه ولم يجعله كهبة الثواب فجعل للفظ تأثيرا * المتيطى يجوز أن يهب الأب دار ابنه المحجور للثواب ويكتب فى ذلك وهب فلان لفلان دار ابنه لما رجاه فى ذلك من المنفعة له على سنة الهبة للثواب ورضى الموهوب له بهذه الهبة وقبلها والتزم الثواب فيها وصارت بيده والمعروف فى المذهب ان الموهوب له بالخيار بعد القبض بين ان يمسك أو يرد ما لم تفت (وصدق واهب فيه ان لم يشهد عرف بضده) من المدونة قال ابن القاسم وما وهبت لقرابتك أو ذوى رحمك وعلى انك أردت ثوابا فذلك لك ان أثابوك والا رجعت فيها وما علم أنه ليس لثواب كصلتك لفقرهم وأنت غنى فلا ثواب لك ولا تصدق أنك أردته ولا رجوع لك فى هبتك وكذلك هبة غنى لأجنبى فقيرا أو فقير لفقير ثم يدعى انه أراد الثواب ولا يصدق اذا لم يشترط فى أصل هبته ثوابا ولا رجعة له فى هبته (وان لعرس) * الباجى ما جرت عادة الناس ببلدنا من اهداء بعضهم لبعض الكباش وغيرها عند النكاح فقد قال ابن العطار ان ذلك على الثواب وبذلك رأيت القضاء ببلدنا قال لأن ضمائر المهدى والمهدى اليه على ذلك يريد انه العرف قال وذلك كالشرط فيقضى للمهدى بقيمة الكباش حين قبضها المهدى اليه ان كانت مجهولة الوزن فان كانت معلومة الوزن قضى بوزنها وان كان المهدى اليه بعث الى المهدى قدرا من لحم مطبوخ أو أكل عنده فى العرس حوسب فى قيمة هديته ولو كان هذا فى بلد لا يعرف فيه هذا لم يقض فيه بثواب وهذا الذى قاله عندى فيه نظر راجع المنتقى وسيأتى بعد هذا انه لا يقضى فى الثواب الا بما يقضى عنه ببيع (وهل يحلف أو ان أشكل تأويلان) * عياض قوله فى هبة الفقير ان قال انما وهبته للثواب القول قول الواهب انما وقع فى بعض نسخ المدونة مع يمينه ومثله فى كتاب ابن الجلاب وقال ابن زرب لا يمين عليه

لبن ما تصدق به أبو الحسن ظاهره خلاف المدونة وفى المعونة الا أن يشرب من ألبان الغنم يسيرا أو يركب الفرس الذى جعله فى السبيل وما أشبه ذلك مما يقل خطره وقيل معنى ما فى الرسالة اذا كان بحيث لا ثمن له وقيل محمل ما فى الرسالة على ما ذكره ابن المواز وقد تقدم انتهى يشير الى قوله قال ابن المواز للرجل أن يأكل من لحم غنم تصدق بها على ابنه ويشرب من لبنها ويكتسى فى صوفها اذا رضى الولد وكذلك الأم محمد وهذا فى الولد الكبير وأما الصغير فلا يفعل قاله مالك والى هذا أشار المصنف بقوله وهل الا أن يرضى الابن الكبير بشرب اللبن تأويلان الا أن ظاهر كلام المصنف تخصيصه باللبن وقد علمت أنه غير خاص به والله أعلم ص ﴿ وجاز شرط الثواب ﴾ ش يعنى ان الهبة تجوز بشرط الثواب وسواء عين الواهب الثواب الذى يريد أم لا أما اذا عينه فقالوا انها جائزة وهى حينئذ من البيوع قال فى التوضيح كما لو قال اهبها لك بمائة دينار ويشترط فى ذلك شروط البيع انتهى ولم يذكروا فى ذلك خلافا وأما ان شرط الواهب الثواب ولم يعينه فأجاز ذلك ابن القاسم فى المدونة وقاله أصبغ ومنعه ابن الماجشون لانه كبيع سلعة بقيمتها الباجى والاول أولى انتهى وقال ابن عرفة وهبة الثواب عطية قصد بها عوض مالى وفى شرطها بغير لفظ البيع قولان ذكرا فى فصل شرط العوض فيها انتهى (قلت) كذا فى النسخ التى رأيتها قولان ذكرا والذى يظهر ان حق العبارة أن يقول قولان يذكران فان فصل العوض متأخر عن كلامه هذا والذى رأيته فى كلامه بعد البحث عنه فى مظانه من البيوع وغيرها قوله فى فصل شرط العوض فى هبة الثواب فى أواخر كتاب الهبة وفى ترجمة بيع الغرر من المنتقى لو قال بعتك السلعة بما شئت ثم سخط ما أعطاه قال ابن القاسم ان أعطاه القيمة لزمه * محمد معناه ان فاتت فحمله ابن القاسم على المكارمة كهبة الثواب واعتبر محمد لفظ البيع انتهى ص ﴿ ولزم بتعيينه ﴾ ش يعنى أن الموهوب له

وقال أبو عمران أما اذا أشكل فاحلافه صواب وان لم يشكل وعلم انه أراد الثواب فلا يحلف (فى غير المسكوك الا بشرط) من المدونة قال مالك لا ثواب فى هبة الدنانير والدراهم وان وهبها فقير لغنى وما علمته من عمل الناس * ابن القاسم الا ان يشترط الثواب فيثاب عرضا أو طعاما وأجاز مالك هبة الحلى المصوغ للثواب ولا يعوض من ذلك عينا الا ذهبا ولا فضة قاله فى المدونة * الباجى يريد بعد التفرق ويجوز قبله بغير جنسه بحضرة الحلى (وهبة أحد الزوجين للآخر) من المدونة لا يقضى بين الزوجين بالثواب فى الهبة ولا بين الدو ولده الا أن يظهر ابتغاء الثواب بينهم مثل ان تكون للمرأة جارية فارهة فطلبها منها زوجها وهو موسر فأعطته اياها تريد بذلك استغزار صلته والرجل كذلك يهب لامرأته والابن لأبيه مما يرى انه أراد بذلك استغزار ما عند أبيه فان كان مثل ذلك مما يرى الناس انه وجه ما طلب فى هبته ففى ذلك الثواب فان أثابه والا رجع كل واحد منهما فى هبته وان لم يكن وجه ما ذكرنا فلا ثواب بينهما (ولقادم عند قدومه وان فقيرا لغنى ولا يأخذ هبة وان قائمة) من المدونة قال مالك واذا قدم غنى من سفره فأهدى اليه جاره الفقير الفواكه والرطب وشبهه ثم قام يطلب الثواب وقال انما أهديت اليه رجاء أن يكسونى أو يصنع بى خيرا فلا شئ فيه لغنى أو فقير قال ابن القاسم ولا له أخذ هديته وان كانت قائمة بعينها (ولزم واهبها الموهوب له بالقيمة) هبة الثواب يكون الموهوب له مخيرا ما كانت الهبة قائمة لم تفت بين أن يثيبه ما يكون فيه وفاء بقيمة الهبة أو يردها عليه ولا تجب عليه القيمة الا بالفوت وعلى قول مطرف وروايته عن مالك لا يلزم الواهب الرضا بقيمة الهبة الا بعد فوتها بذهاب عينها كقول ابن الماجشون فى الذى يتزوج المرأة على حكمها أنه لا يلزمها الرضا بصداق المثل الا بعد الدخول خلاف مذهب ابن القاسم وابن عبد الحكم وأصبغ فى قولهم انه يلزمهما الرضا بالصداق المثلى اذا فوضه لها كالتفويض (الا لفوت بزيد أو نقص) ابن رشد اختلف فى الفوت الذى يلزم به الموهوب له القيمة على أربعة أقوال أحدها قول ابن القاسم فى المدونة انه لا يكون فيها فوت الا بالزيادة والنقصان (وله منعها حتى يقبضه) من المدونة قال مالك أما هبة الثواب فللواهب منعها حتى يقبض العوض كالبيع (وأثيب بما يقضى عنه بيبع) قال أبو محمد لما كانت الهبة للثواب كالبيع فى أكثر الحالات كان لها حكمه فيما يحل ويحرم من عوضها قال ابن القاسم ومن وهبك حنطة فلا خير فى أن تعاوضه منها بعد ذلك حنطة أو تمرا أو غيره من مكيل الطعام أو موزونه الا أن تعاوضه قبل التفرق طعاما فانه يجوز لان هبة الثواب بيع من البيوع عند مالك الا أن تعاوضه مثل طعامه فى صفته وجودته

اذا عين الثواب لزمه تسليمه للواهب وليس له الرجوع فيه ولو لم يقبضه الواهب قاله ابن شاس وابن الحاجب قال فى التوضيح لانه التزمه بتعيينه ونقله ابن عرفة عن ابن شاس وقال بعده هذا ضرورى كتب عقد الخيار انتهى ص ﴿فى غير المسكوك﴾ ش أى فلا ثواب فيه قال فى المدونة ولو رأى انه وهبه للثواب الا بشرط وثوابه عرض أو طعام نقله فى التوضيح ومثل المسكوك السبائك والحلى والمكسر على الأصح بخلاف الحلى الصحيح على الأصح ص ﴿وهبة أحد الزوجين للآخر﴾ ش وكذا الأب وولده قال فى المدونة الا أن يظهر ابتغاء الثواب بينهم انتهى فمسئلة الزوجين والأقارب ليست كمسئلة المسكوك ومسئلة السبائك والحلى فانه لا ثواب فيهما ولو فهم ذلك بخلاف مسئلة الزوجين فانه اذا دلت القرينة على ارادة الثواب حكم به فهى انما تخالف هبة الثواب بين الأجانب فى كونها لا يحكم فيها بالثواب الا بقرينة وهبة الأجانب يحكم فيها بالثواب الا اذا قامت القرينة على عدم الثواب ص ﴿ولقادم﴾ ش أطلق فيه رحمه الله وهو مقيد فى المدونة وغيرها بما يهدى له من الطعام والفاكهة ونحو ذلك والله أعلم (مسئلة) فى حكم هبة الطعام للثواب قال فى المدخل فى آخر فصل آداب الأكل وينبغى له أن يتحفظ من هذه العادة المذمومة التى أحدثت وهى أن يهدى أحد الأقارب أو الجيران طعاما فلا يمكن المهدى اليه أن يرد الوعاء فارغا حتى يرده بطعام وكذلك المهدى ان رجع اليه الوعاء فارغا وجد على فاعل ذلك وكان سببا لترك المهاداة بينهما ولسان العلم يمنع من ذلك كله لانه يدخله بيع الطعام بالطعام غير يد بيد ويدخله أيضا بيع الطعام بالطعام متفاضلا ويدخله الجهالة (فان قيل) ليس هذا من باب البياعات وانما هو من باب الهدايا وقد سومح فيها (فالجواب) هو مسلم لو مشوا فيه على مقتضى الهدايا الشرعية لكنهم يفعلون ضد ذلك لطلبهم العوض فان الدافع يتشوق له والمدفوع اليه يحرص على المكافأة فخرج بالمشاحة من باب الهدايا الى باب البياعات واذا كان كذلك فيعتبر فيه ما تقدم ذكره انتهى وانظر الأبى فى كتاب الهبات والله أعلم ص ﴿ولزم واهبها لا الموهوب له القيمة الا لفوت بزيد أو نقص﴾ ش يعنى ان

وكيله فلا بأس بذلك وان افترقا (وان معينا) لو قال ولو غير معين لكان أبين وقد تقدم قول ابن رشد ان سمى الثواب فهو بيع بلا خلاف وان لم يسمه فالثواب ففيه الخلاف * ابن عرفة الهبة بشرط عوض عيناه قال ابن رشد وغيره هي بيع ومذهب المدونة جواز شرط الثواب غير معين خلافا لابن الماجشون (الا كحطب فلا يلزم أخذه) ابن شاس نوع الثواب الذى يلزم قبوله باتفاق الدنانير والدراهم وروى أشهب الخسارة فيهما الا أن يتراضيا على غيرهما ورأى سحنون ان كل مايصح أن يكون ثوابا ويلزم الواهب قبوله اذا كان فيه وفاء بقيمة هبته ووافقه ابن القاسم فى عدم الاقتصار على العين الا أنه استثنى منها الحطب والتبن وشبهه مما لا يثاب فى العادة بمثله (وللمأذون وللأب فى مال ولده الهبة للثواب) من المدونة يقضى عليه أن يعوض من يهبه قال وللأب أن يهب من مال ولده الصغير للثواب قال ابن القاسم للمأذون أن يهب للثواب كالبيع ويعوض عنه واهبه للثواب لان هذا كله بيع وبيع الاب جائز على ابنه الصغير (وان قال دارى صدقة بيمين مطلقا أو بغيرها ولم يعين لم يقض عليه بخلاف المعين) من المدونة قال ابن القاسم من قال دارى صدقة على المساكين أو على رجل بعينه فى يمين فحنث لم يقض عليه بشئ وان قال ذلك فى غير يمين وانما بتله لله أجبره السلطان ان كان لرجل بعينه * عياض على هذا اختصرها أكثر المختصرين انه لا يقضى بها الا اذا

الواهب يلزمه قبول القيمة اذا دفعها الموهوب له ولا يلزم الموهوب له دفع القيمة الا أن تفوت الهبة عنده بزيادة أو نقصان (تنبيه) لم يذكر المصنف بما يلزم الواهب قبول القيمة هل بمجرد الهبة أو القبض بل قد يتبادر انه يلزمه قبول القيمة بمجرد عقد الهبة وهو أحد الأقوال والمشهور أنه يلزمه ذلك بقبض الموهوب لها قاله فى التوضيح وقاله ابن عرفة (فرع) اذا أثاب الموهوب له فى هبة الثواب أكثر من القيمة وامتنع الواهب أن يقبل الا القيمة فليس له ذلك ويجبر على أخذ ماأعطاه الموهوب انظر المشذالى فى آخر كتاب الهبات (فائدة) قال فى آخر مسائل الصدقة والهبة من البرزلى قبل آخرها بنحو الخمس ورقات ابن عات عن الاستغناء ليس على الفقهاء أن يشهدوا بين الناس ولا أن يضيفوا أحدا ولا أن يكافؤا عن الهدايا وحكى ذلك عن مالك وكذا السلطان لا يكافئ ولا يكافأ وقد ذكر المتيطى هذا عن سعد المعافرى عن مالك فى أول كتاب الشهادات قال ليس على الفقيه من مكافأة ولا ضيافة أحد ولا شهادة بين اثنين انتهى وقال ابن فرحون فى الديباج المذهب فيمن اسمه سعيد وسعيد بن عبد الله بن سعد المعافرى أبو عمر وقيل أبو محمد وقيل أبو عثمان من كبار أصحاب مالك سمع منه ابن القاسم وأشهب وابن وهب وغيرهم وبه تفقه ابن وهب وابن القاسم وهو ثقة فاضل مأمون توفى بالاسكندرية سنة ثلاث وسبعين ومائة (مسئلة) ذكر سعد هذا عن مالك قال ليس على الفقيه ضيافة ولا مكافأة يريد عن هدية ولا شهادة بين اثنين انتهى والظاهر أن ذكره فيمن اسمه سعيد سهو فان كلام المتيطى المتقدم وكلام أبى الحسن وكلام المدارك أنه سعد بل فى آخر كلام ابن فرحون المذكور انه سعد حيث قال مسئلة ذكر سعد ونص كلام أبى الحسن الصغير فى كتاب العتق الثانى فى مسئلة من أعتق جنينا فى بطن أمه لما ذكر قول مالك أنها تباع فى الدين سواء كان الدين قبل العتق أو بعده مانصه وخالف سعد المعافرى شيخه فقال لا تباع حتى تضع اذا كان الدين لاحقا انتهى وقال فى المدارك فى ترجمته أبو محمد وقيل أبو عثمان سعد بن عبد الله المعافرى من كبار أصحاب مالك سمع منه ابن القاسم وأشهب وابن وهب وابن بكير وهو الرابع عشر من الطبقة الأولى من أصحاب مالك المصريين وقال فى آخر ترجمته قال سعد عن مالك ليس على الفقيه ضيافة ولا مكافأة يريد عن هدية ولا شهادة بين اثنين انتهى وفى بعض نسخ المدارك اسقاط المعافرى واستفيد من النصوص المذكورة انه معافرى والمعافرى بفتح الميم وكسر الفاء نسبة الى المعافر بن يعفر بن مالك قال ابن الأثير فى كتاب الأنساب ينسب اليه أكثر عامتهم بمصر انتهى وقد أنشدنى بعض أصحابنا عن الشيخ العلامة ابن غازى عن شيخه الامام القدوة أبى عبد الله محمد القورى أنه أنشده لما تكلم معه فى هذه المسئلة مانصه

ليس على الفقيه من ضيافه * ولا شهادة ولا مكافه
ذكر ذا نصا عن المدارك * عن سعد المعافرى عن مالك

والله تعالى أعلم (فائدة) قال فى تخريج أحاديث الاحياء حديث من أهدى له هدية وعنده قوم فهم شركاؤه فيها العقيلى وابن حبان فى الضعفاء والطبرانى فى الأوسط والبيهقى من حديث ابن عباس قال العقيلى لا يصح فى هذا المتن حديث ص ﴿ وان معيبا ﴾ ش هو من العيب كما قال ابن

كان لرجل بعينه وفى نوازل ابن الحاج ان كانت الصدقة بغير يمين لغير معينين كالمرضى والمساكين ففيها قولان فى حبس المدونة وفى الهبات منها ومن المدونة قال مالك من قال لمديان أنا أهبك فلا يلزمه قال ابن القاسم وأما ما أدخله فى وعده فلازم كقوله زوج بنتك والصداق على فهذا الوعد يلزمه الا أن يموت المعطى قبل القبض (وفى مسجد معين قولان) سئل مالك عن رجل تصدق أو وهب لمسجد بعينه هل يجبر على اخراجها وانفاذها فقال يجبر كمن تصدق على رجل بعينه وقال ابن عبد الملك يؤمر ولا يجبر وتوقف غيرهما وقال لا أدرى (وقضى بين مسلم وذمى فيها بحكمنا) من المدونة يقضى بين المسلم والذمى فى الهبات بحكم المسلمين واذا كانا ذميين فامتنع الواهب من دفع الهبة لم أعرض لهما وليس هذا من التظالم الذى أمنعهم منه لان كل أمر يكون بين مسلم وكافر فانما يحكم بينهم بحكم الاسلام

﴿ كتاب اللقطة ﴾

قال ابن شاس فى هذا الكتاب فصول * الاول فى الالتقاط * الثانى فى ذات اللقطة * الثالث فى أحكام اللقطة (اللقطة مال معصوم عرض للضياع) ابن شاس اللقطة عبارة عن مال معصوم عرض للضياع كان فى عامر البلد أو غامرها * ابن عرفة هذا خلاف ظاهر المدونة وذكر ابن عرفة اللقطة هى مال وجد بغير حرز محترما ليس حيوانا ناطقا ولا نعما فيخرج الركاز وما فى دار الحرب وتدخل الدجاجة وحمام الدور ونحو ذلك الا السمكة تقع فى سفينة هى لمن وقعت اليه والضالة نعم وجد بغير حرز محترما والآبق حيوان ناطق (وان كلبا) ابن شاس من وجد كلبا التقطه ان كان بمكان يخاف عليه * ابن عرفة يخص هذا بالمأذون فيه لقول المدونة من قتل كلبا من كلاب الدور مما لا يؤذى فلا شئ عليه لانه يقتل ولا يترك وان كان مأذونا فى اتخاذه فعليه قيمته هذا وجه قول ابن شاس وفيه مع هذا نظر لقولها من سرق كلبا صائدا أو غير صائد لم يقطع الا أن يراعى درء الحد بالشبه (وفرسا وحمارا) اللخمى البقر والخيل وسائر الدواب بحيث لا يخاف عليها من سبع ولا غيره لم تؤخذ والا أخذت وعرفت عاما انظر هذا فى ابن عرفة من أسلم دابته فى سفر آيسا منها فأخذها من عاشت عنده ومن ماتت راحلته بفلاة فأسلم متاعه فحمله رجل وما لفظه البحر من متاع المسلمين

غازى وعكسه فى المدونة أيضا قال فى كتاب الهبات منها واذا وجد الموهوب له بالهبة عيبا فله ردّه وأخذ العوض ثم قال وان وجد الواهب الى آخر ما ذكره ابن غازى وانظر أبا الحسن الصغير وانظر المنتقى فى الكلام على الرد بالعيب فانه ذكر فيه حكم ما اذا اطلع فى هبة الثواب على عيب هل يرده والله أعلم

ص ﴿ كتاب اللقطة ﴾

ش كلام الشارح فى ضبطها فيه خلل وهى بضم اللام وفتح القاف هكذا ضبطها الاكثر وعليه استعمال الفقهاء وهو خلاف القياس وبعضهم انكر فتح القاف وزعم انها بالسكون على الاصل وبعضهم رواها بالوجهين منهم ابن الاثير وقال الفتح أصح ومنهم ابن العربى وقال السكون أولى والله أعلم ص ﴿مال معصوم عرض للضياع﴾ ش الظاهر ان ضالة الابل داخلة فى هذا التعريف وهى ليست لقطة وكذلك الآبق وقال فى الذخيرة لا يسمى لقطة ولا تجرى عليه أحكام اللقطة ولذا حدها ابن عرفة بانها مال وجد بغير حرز محترما ليس حيوانا ناطقا ولا نعما فيخرج الركاز وما بأرض الحرب وتدخل الدجاجة وحمام الدور لا السمكة تقع فى السفينة وهى لمن وقعت اليه قاله ابن عات عن الشعبانى والاظهر فى السمكة ان كانت بحيث لو لم يأخذها من سقطت اليه نجت بنفسها لقوة حركتها وقرب محل سقوطها فى ماء البحر فهو كما قال ابن شعبان فى زاهيه والا فهى لرب السفينة واعلم ان حده غير مانع لدخول التمر المعلق فيه وليس لقطة فقول الجماعة معرض للضياع أحسن فتأمله والله أعلم وحد الالتقاط قال ابن عرفة هو أخذ مال ضائع ليعرفه سنة ثم يتصدق به أو يتملكه ان لم يظهر مالكه بشرط الضمان اذا ظهر المالك انتهى ص ﴿وفرسا وحمارا﴾ ش يريد وغير ذلك مما يصح لقطته قال فى لقطتها ومن التقط دنانير أو دراهم أو حليا مصوغا أو عروضا أو شيأ من متاع أهل الاسلام فليعرفها سنة فان جاء صاحبها والا لم آمره بأكلها كثرت أو قلت درهما فصاعدا الا ان يحب أن يتصدق بها ويخير صاحبها ان جاء أن يكون له ثوابها أو يغرمها له فعل وأكره أن يتصدق بها قبل السنة الا أن يكون الشئ التافه انتهى وقوله وليعرفها سنة يأتى الكلام عليه فى محله وكذا لم آمره بأكلها وفى كتاب الضحايا من المدونة ولا يصاد حمام الابرجة ومن صاد منها شيأ رده أو عرّفه ان لم يعرف ربه ولا يأكله وان دخل حمام برج لرجل فى برج لآخر ردها الى ربها ان قدر والا فلا

(ورد بمعرفة مشدود فيه و به و بعدده) من المدونة من التقط لقطة فأتى رجل فوصف عفاصها و وكاءها وعدتها لزمه أن يدفعها اليه و يجبره السلطان على ذلك * أبو عمر أجمعوا ان العفاص الخرقة المربوط فيها وهى لغة ما يسد به فم القارورة والوكاء الخيط الذى تربط به (بلا يمين) الباجى هل يلزمه يمين اذا وصف العفاص والوكاء والعدد المشهور أن لا يمين عليه و وجهه انه ليس هناك من ينازعه فيها ولا من ينازع عنه (وقضى له على ذى العدد والوزن) أصبغ لو عرف واحد العفاص والوكاء ووصف آخر عـدد الدنانير و وزنها كانت لمن عرف العفاص (٧٠) والوكاء وكذلك لو لم يعرف الا العفاص وحده (وان وصف ثان وصف أول ولم يبن بها حلفا وقسمت) من المدونة ان دفعها لمن عرف عفاصها و وكاءها ثم جاء آخر فوصف مثل ما وصف الاول أو أقام بينة أن تلك اللقطة كانت له لم يضمنها لانه دفعها بأمر يجوز له * اللخمى وان ادعاها رجلان واتفقت صفتهما اقتسماها بعد أيمانهما فان أخذها أحدهما بالصفة ثم أتى الآخر فوصف مثل الاول قبل أن يبين بها ويظهر أمرها قسمت بينهما وان ظهر أمرها لم يقبل قول الثانى (كبينتين لم تؤرخا والا فللأقدم) اللخمى ان أقام الثانى بينة انتزعت من الاول الا أن يقيم بينة فيقضى بأعدلهما فان تكافأتا بقيت للاول بالصفة * ابن عرفة هذا فى النوادر لاشهب و زاد هذا ان لم تؤرخ البينتان وان أرختا كانت لاولهما ملكا بالتاريخ (ولا ضمان على دافع بوصف وان قامت بينة بغيره) تقدم نص المدونة لانه دفعها بأمر يجوز له (واستؤنى فى الواحدة ان جهل غيرها) أصبغ لو عرف العفاص وحده وادعى الجهالة فيما سواه فليستبرئ ذلك فان لم يأت أحد اعطيها هذا كما فى شرط الخليطين أوصافا تجزئ وان انخرم بعضها (لا غلط على الأظهر) ابن رشد العفاص والوكاء اذا وصف أحدهما وجهل الآخر أو غلط فيه ففى ذلك ثلاثة أقوال أعدل الأقاويل عندى انه ان ادّعى الجهالة استبرأ أمره وان ادّعى الغلط لم يكن له شئ (ولم يضر جهله بقدرها) ابن رشد أما جهله بالعدد فلا يضره اذا عرف العفاص والوكاء وكذلك غلطه فيه بالزيادة لا يضره واختلف فى غلطه بالنقصان

شئ عليه ومن وضع اجباحا فى جبل فله ما دخلها من النحل ومن صاد طائرا فى رجليه سباقان أو ظبيا فى أذنيه قرطان أو فى عنقه قلادة عرف بذلك ثم ينظر فان كان هرو به ليس بهروب انقطاع ولا توحش رده وما وجد عليه لربه وان كان هرو به هروب انقطاع وتوحش فالصيد خاصة لصائده دون ما عليه فان قال ربه ندّ منى منذ يومين وقال الصائد لا أدرى متى ند منك فعلى ربه البينة والصائد مصدق انتهى وانظر قوله فان كان هرو به ليس بهروب انقطاع الى آخره فهل يجب تعريفه فى هذه الصورة كاللقطة وهو الظاهر فتأمله وقال فى آخر كتاب الجامع من البيان ما أوى الى برج الرجل من حمام برج غيره فلم يعرفه بعينه أو عرفه ولم يقدر على أخذه فلا بأس عليه فيه وان عرف صاحبه هذا ما لا اختلاف فيه أعلمه واختلف اذا علمه وقدر على أخذه ولم يعرف صاحبه وظاهر قوله فى هذه الرواية أنه لا شئ عليه فيه وهو دليل قول ابن كنانة ونص قول ابن حبيب فى الواضحة وقد قيل انه يعرفه كاللقطة ولا يأكله وهو الذى يأتى على مذهب ابن القاسم حكى فضل عنه انه قال لا ينصب لشئ من حمام الأبرجة ولا يرمى ومن صاد منه شيأ فعليه ان يرده أو يعرفه ولا يأكله وحكم أفراخها اذا عرف عشها حكم ما عرفه وقدر على أخذه فان عرف صاحبه رده اليه وان لم يعرفه فعلى ما تقدم من الاختلاف انتهى وانظر ما حكاه عن فضل فانه نص المدونة وهذا ما تيسر جمعه الآن والله أعلم ص ﴿ورد بمعرفة مشدود فيه و به﴾ ش قال ابن الحاجب و يجب ردها بالبينة أو بالاخبار بصفتها من نحو عفاصها و وكائها وهما المشدود فيه و به قال فى التوضيح اما ردها بالبينة فلا خلاف فيه و يجب أيضا ردها عندنا بالاخبار بصفتها من نحو العفاص والوكاء للحديث ثم فسرهما بقوله وهما المشدود فيه و به فالاول للاول والثانى للثانى وهذا هو المعلوم فى اللغة وعليه أكثر الفقهاء بل نقل صاحب الاستذكار الاجماع عليه ونقل الباجى عن أشهب عكسه والوكاء ممدود وقيل مقصور قيل وهو غلط وأشار بقوله نحو عفاصها الى ان ما لا عفاص له ولا وكاء من اللقطة يدفع بالاخبار بصفاته الخاصة المحصلة للظن انتهى ثم قال ابن الحاجب وفى اعتبار عـدد الدنانير والدراهم قولان قال فى التوضيح القول الاول باعتباره لابن القاسم والأخير لأصبغ والاول أظهر ثم قال ابن الحاجب و يكتفى ببعض الصفات المغلبة للظن على الأصح و يستأنى فى الواحدة قال فى التوضيح أى يكتفى ببعض الصفات اثنين فصاعدا دل على ذلك قوله و يستأنى فى الواحدة والأصح لأشهب قال ان عرف وصفين ولم يعرف الثالث دفع له ومقابله لابن عبد الحكم قال لو وصف تسعة أعشار الصفة وأخطأ العشر لم يعطها الا فى معنى واحد أن يذكر عددا فيصاب أقل منه لاحتمال أن يكون قد اغتيل فيه انتهى وهـذا

(ووجب أخذه لخوف خائن) ابن عرفة فى حكم أخذ اللقطة اضطراب ابن رشد يلزم أن يؤخذ اللقيط ولا يترك لأنه ان ترك ضاع وهلك ولا خلاف بين أهل العلم فى هذا وانما اختلفوا فى لقطة المال على ثلاثة اقوال وهذا الاختلاف انما هو اذا كانت اللقطة بين قوم مأمونين والامام عدل لا يخشى أن يأخذها ان علم بها بعد تعريفه (٧١) اياها وأما ان كانت اللقطة بين قوم غير مأمونين والامام عدل فأخذها عليه واجب قولا واحدا ولو كانت بين قوم مأمونين والامام غير عدل لكان الاختيار أن لا يأخذها قولا واحدا ولو كانت بين قوم غير مأمونين والامام غير عدل لكان مخيرا بين أخذها وتركها وذلك بحسب مايغلب على ظنه من أكثر الخوفين وهو أيضا أعنى هذا الاختلاف فيما عدا لقطة الحاج لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها مخافة ان لا يجد ربها التفرق الحاج الى بلدانهم فان التقطها وجب عليه فى تعريفها مايجب فى سواها * اللخمى ان كانت بين قوم غير مأمونين كان حفظها واجبا لأن حفظ أموال الناس والا تضيع واجب (لاان علم خيانته هو فيحرم) اللخمى ان كان السلطان غير مأمون ومتى انشدت وعرفت أخذها منع من وجدها ان يعرض لها وكذلك ان استفتى عن ذلك من ليس بمأمون ويخشى ان صارت اليه ان يستفزه الشيطان بعد أخذها فيقال له لا تقربها (والا كره على الاحسن) اللخمى ان كان الواجد لها مأمونا ولا يخشى سلطان الموضع ان أنشدها أن يأخذها وهى بين ناس لا بأس بحالهم ولها قدر كان أخذها وتعريفها مستحبا وان كانت حقيرة كره له أخذها مطلقا وقد تقدم قول ابن رشد لو كانت بين قوم مأمونين والامام غير عدل لكان الاختيار أن لا يأخذها

أيضا يستفاد من قول المصنف بعد واستؤنى فى الواحدة ان جهل غيرها الاغلط على الاظهر وفى الشامل ودفع لمن عرف وصفين دون ثالث وقيل ان أخطأ واحدا من عشرة لم يعطه الافى عدد يوجد أقل ولو عرف واحدا من عفاص ووكاء فثالثها الاظهر لاشئ له ان غلط فى الآخر واستؤنى به فى الجهل ولو أخطأ فى وصفه ثم أصاب لم يعطه ولا يضره الغلط فى زيادة العدد ان عرف العفاص والوكاء وفى نقصه قولان انتهى (مسئلة) قال فى النوادر باب فى الصبى الصغير تدعى أمه انه التقط دنانير ومن كتاب سحنون وكتب شجرة الى سحنون فى امرأة أتت بابن لها صغير معه أربعة دنانير فزعمت أنه التقطها من الطريق فى غير صرة فرفعتها على أيدى أناس فأتى من ادعاها ووصف سكة بعض الدنانير ولم يصف البعض فكتب اليه الأم مقرة بأن الصبى أصابها فليس لها أن تقر على غيرها فأرى الدنانير للصبى وما كان من لقطة معروفة فوصف المدعى لها بعضا ولم يصف بعضا فلاشئ له ص ﴿ ووجب أخذه لخوف خائن الى قوله على الاحسن ﴾ ش حاصل ماذكره المؤلف انه ان خاف عليها أن يأخذها خائن وجب عليه الالتقاط الا ان يعلم من نفسه هو الخيانة فيحرم سواء خشى عليها أن يأخذها خائن أو لم يخش والا كره أى وان لم يخف عليها خائنا ولا علم من نفسه الخيانة فيكره له الالتقاط على الاحسن هذا حل كلامه وفيه ابحاث الاول كلامه يقتضى انه اذا لم يتحقق من نفسه الامانة ولا الخيانة وخاف عليها الخونة وجب عليه الالتقاط وهو مخالف لما قاله ابن الحاجب وقرره المصنف فى التوضيح من أن الذى لا يتحقق من نفسه يكره له الالتقاط وانما جعل وجوب الالتقاط اذا تحقق من نفسه الأمانة وخاف عليها الخونة فتأمل ذلك * الثانى نقل فى التوضيح فى القسم المكروه فى كلام المؤلف الذى فيه الأحسن ومقابله وهو ما اذا لم يخف عليها الخيانة وعلم من نفسه الأمانة أن ابن رشد قيد الخلاف بان يكون الامام عدلا فان كان غير عدل فالاختيار أن لا يأخذها اتفاقا وكذا قيد قسم الوجوب وهى ما اذا كانت بين قوم غير مأمونين بكون الامام عدلا لا يخشى أن يأخذها اذا علم بها بتعريفه إياها له فى المقدمات أما اذا كان غير عدل فقال يخير بين أخذها وتركها بحسب مايغلب على ظنه من أحد الطرفين فتأمله ونص كلام التوضيح فى شرح قول ابن الحاجب والالتقاط حرام على من يعلم خيانة نفسه ومكروه للخائف وفى المأمون الكراهة والاستحباب فيماله بال والوجوب اذا خاف عليها الخونة يعنى ان حكم اللقطة يختلف بحسب حال الملتقط وجعل يعنى ابن الحاجب الأقسام ثلاثة أولها أن يعلم من نفسه الخيانة فيكون التقاطها عليه حراما وثانيها أن يخاف أن يستفزه الشيطان ولا يتحقق فيكون مكروها وثالثها أن يثق بأمانة نفسه وقسم هذا الى قسمين الأول أن يكون بين ناس لا بأس بهم ولا يخاف عليها الخونة والثانى أن يخافهم فان خافهم وجب الالتقاط وحكى عليه الاتفاق وان لم يخف فثلاثة أقوال لمالك الاستحباب والكراهة والاستحباب فيما له بال وقيد ابن رشد هذا الخلاف بأن يكون الامام عدلا وان كان غير عدل وكانت بين قوم مامونين فالاختيار أن لا يأخذها اتفاقا وان كانت بين قوم غير مامونين

ولواحدا (وتعريفه سنة) من المدونة قال مالك من التقط دنانير أودراهم أوحليا مصوغا أوعرضا أوشيأ من متاع أهل الاسلام فليعرفها سنة فان جاء صاحبها أخذها والا ثم أمره بأ كلها كثرت أوقلت درهم فصاعدا الا أن يحب بعد السنة أن يتصدق بها ويخير صاحبها ان جاء في أن يكون له ثوابها أو يغرمها قال ابن القاسم وأ كره أن يتصدق بها قبل السنة الا أن يكون الشئ التافه اليسير (ولو كالدلو لا تافها) سمع ابن القاسم لقطة مثل الدلو والحبل والمخلاة وشبه ذلك ان وجد بطريق وقع بأقرب موضع اليه وان بمدينة عرف وانتفع به والصدقة به أحب الى وقال ابن رشد القسم الاول من أقسام اللقطة هو ما يخشى عليه التلف ان ترك ويبقى في يد ملتقطه ان التقطه فان كان يسيرا جدا لا بال له ولا قدر لقيمته ويعلم ان صاحبه لا يطلبه لتفاهته فان هذا لا يعرف وهو لواجده ان شاء أ كله وان شاء تصدق به أصله ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بتمرة في الطريق فقال لولا ان تكون من الصدقة لا كلتها ولم يذكر فيها تعريفا وقد قاله أشهب في الذى يجد السوط والعصا انه يعرفه فان لم يفعل فأرجو أن يكون خفيفا وان كان يسيرا الا أن له قدرا ومنفعة وقد يشح به صاحبه فيطلبه فهذا لا خلاف في وجوب تعريفه وظاهر ما حكاه ابن القاسم عن مالك في المدونة انه يعرفه سنة وقال ابن وهب انما يعرفه أياما وهو قول ابن القاسم وروايته في المدونة قال مالك من التقط ما لا يبقى من الطعام فاحب الى أن يتصدق به كثر أوقل قال ابن رشد فان أ كله لم يضمنه لربه كالشاة يجدها في الفلاة الا أن يجده في غير فيفاء فانه يبيعه ويعرف به فان جاء ربها دفع اليه الثمن (بمظان طلبها) من المدونة يعرف اللقطة حيث وجدها وعلى أبواب المساجد قال ابن القاسم ويعرف حيث يعلم أن صاحبها هناك أوخبره ولا يحتاج في ذلك الى أمر الامام * ابن يونس انما قال هذا لأن الانسان مندوب الى فعل الخير والعون عليه فهذا منه

فيخير بين أخذها وتركها انتهى وزاد في المقدمات وذلك بحسب ما يغلب على ظنه من أحد الخوفين انتهى فهذا الأخير تقييد لما أطلقه المصنف في نقل قسم الوجوب بل نقل القرافي عن اللخمي انه يحرم أخذها اذا كان الامام غير مأمون اذا أنشدت أخذها انتهى الثالث قوله على الأحسن فيه ترجيح القول بالكراهة وهو الذى اقتصر عليه في الشامل (تنبيهات * الأول) قال في المقدمات بعد أن ذكر الأقوال الثلاثة وما قيدها به وهو أيضا أعنى هذا الاختلاف فيما عدا لقطة الحاج لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها ومعنى نهيه عنها مخافة أن لا يجد ربها لتفرق الحاج في بلدانهم المختلفة فتبقى في ضمانه فلا ينبغى لأحد أن يلتقط لقطة الحاج للنهى الوارد في ذلك عن النبي عليه السلام فان التقطها وجب عليه من تعريفها ما يجب في سواها انتهى وهذا والله أعلم في غير المحل الذى يجب فيه الالتقاط بل صريح كلامه أنه في غير محل الوجوب لانه تقييد للثلاثة الأقوال وهى انما هى في غير قسم الوجوب فهى داخلة في قول المؤلف وإلا كره الا أن الكراهة فيها أقوى فتأمله والله أعلم (التنبيه الثانى) قال ابن عبد السلام بعد ان حكى الأقوال الثلاثة والأظهر إن كان مع القدرة على الحفظ أن يجب الالتقاط ولا يعد علمه بخيانة نفسه مانعا وأحرى خوفه ذلك لانه يجب عليه ترك الخيانة والحفظ للمال المعصوم وقصارى الأمر أن من يأمن على نفسه الخيانة فقد توجه عليه الخطاب بالحفظ وحده ومن يعلم من نفسه الخيانة وجب عليه أمران الحفظ وترك الخيانة وبعد تسليم هذا فالأظهر من الأقوال الثلاثة الاستحباب أو الوجوب لو قيل به لوجوب اعانة المسلم عند الحاجة والقدرة على الاعانة انتهى وكلامه حسن رحمه الله (التنبيه الثالث) قال في الذخيرة كل فعل واجب أو مندوب لا تتكرر مصلحته بتكرره كانقاذ الغريق أو ازاحة الأذى عن الطريق فهو على الكفاية وما تتكرر مصلحته بتكرره فهو على الاعيان كالصلاة والصوم وقد تقدم بسط هذه القاعدة في مقدمة هذا الديوان فعلى هذا يتجه الأخذ ووجوبه عند تعين هلاك المال وعند تعين الهلاك بين الأمناء يكون فرضا على الكفاية اذا خافوا غيرهم على اللقطة ومندوبا في حق هذا المعين بخصوصه كما قلت في صلاة الجنازة وغيرها أصلها فرض على الكفاية وفعل هذا المصلى المخصوص يندب ابتداء فاذا شرع اتصف بالوجوب انتهى فتأمله ص ﴿ وتعريفه سنة الخ ﴾ ش تصوره واضح (تنبيهات * الأول) يجب التعريف عقب الالتقاط قال ابن الحاجب ويجب تعريفها سنة عقيبه قال في التوضيح أى عقب الالتقاط وظاهره لو أخر التعريف يضمن وفي اللخمي ان أمسكها سنة ولم يعرفها ثم عرفها فهلكت ضمنها انتهى وينبغى أن لا يتقيد بالسنة اه وقال ابن عبد السلام والضمير من قوله عقيبه راجع الى الالتقاط المفهوم من السياق ولا يؤخر التعريف فان ذلك داعية الى اياس ربها فلا يتعرض الى طلبها فان ترك تعريفها حتى طال ضمنها كذا قال بعض الشيوخ نقلت كلامه على ما فهمت انتهى وفي معين الحكام (فرع) واذا أمسك

(كباب المسجد) سمع القرينان يعرف اللقطة فى المسجد قال لا أحب رفع الصوت فى المساجد وانما أمر عمر أن تعرف على باب المسجد ولو مشى هذا الذى وجدها الى الحلق فى المسجد يخبرهم ولا يرفع صوته لم أر به بأسا (فى كل يومين أو ثلاثة) روى ابن نافع عن مالك ينبغى للذى يعرف اللقطة أن لا يريها أحدا ولا يسميها بعينها لكى يعمى بذلك لئلا يأتى متخيل فيصفها بذلك بصفة العرف فيأخذها وليست له ويعرفها فى اليومين والثلاثة ولا يجب عليه أن يدع صنعته ويعرفها (بنفسه أو بمن يثق به أو بأجرة منها ان لم يعرف مثله) اللخمى هو مخير بين أربع بين أن يعرفها بنفسه أو يدفعها الى السلطان اذا كان عدلا وكان لا يتشاغل عن تعريفها أو الى مأمون يقوم مقامه فيها أو يستأجر عليها من يعرفها وأجاز ابن شعبان أن يستأجر منها عليها يريد اذا لم يلتزم تعريفها وكان مثله لا يلى مثل ذلك * ابن يونس قال ابن القاسم اذا دفع الملتقط اللقطة الى غيره ليعرفها فضاعت فلا شئ على الملتقط وقاله ابن نافع عن مالك قال ابن كنانة وكذلك لو دفعها اليه ليعمل بها ما شاء * ابن يونس وهذا بخلاف الوديعة التى لم يرض ربها الا أمانته فلا يدفعها لغيره الا من عذر وذكر هذا عبد الوهاب عن مالك فى فرقه وذكر أيضا ان من أثبت هلاك لقطة بعد السنة قال مالك هى فى ذمته حرا كان أو عبدا وأما قبل السنة فبين الحر والعبد فرق هذا فى ذمته وهذا فى رقبته والجميع استهلاك) وبالبلدين ان وجدت بينهما) اللخمى ان وجدت فى طريق بين مدينتين عرفها فى تينك المدينتين وكذلك القريتين أو المدينة والقرية) ولا يذكر جنسها على المختار) اللخمى اختلف عن مالك هل يسمى جنس اللقطة اذا أنشدها أو لا يسمى أحسن أنظر نقل ابن يونس عند قوله فى كل يومين (ودفعت لحبر ان وجدت بقرية ذمة) ابن يونس روى عن ابن القاسم فى اللقطة توجد فى قرية ليس فيها الا أهل الذمة قال تدفع الى أحبارهم وانظر بعد هذا عند قوله ومال الكتابى لأهل دينه

الملتقط اللقطة سنة ولم يعرفها ثم عرفها فى الثانية فهلكت ضمنها وكذلك ان هلكت فى السنة الأولى ضمنها اذا تبين أن صاحبها من الموضع الذى وجدت فيه وان كان من غيره فغاب بقرب ضياعها ولم يقدم فى الوقت الذى ضاعت فيه لم يضمن انتهى (الثانى) قوله لا تافها مقابل لقوله تعريفه لا بقيد السنة ويعنى ان التافه لا يعرف ولم يقل لأكله لان اباحة الأكل لا تنافى سقوط الضمان كالكثير بعد السنة بخلاف عدم التعريف فانه مناف للضمان ونحوه لابن عبد السلام (الثالث) جزم المؤلف بان الكثير وما دونه من فوق التافه يعرف لسنة أما الكثير فلا خلاف فيه وأما ما دون الكثير وفوق التافه وهو المشار اليه بقوله كدلو فحكى ابن الحاجب فيه قولين تعريفه سنة وتعريفه أياما مظنة طلبه ورجح فى التوضيح ونصه قال ابن الحاجب وأما ما فوقه من نحو مخلات ودلو فقيل يعرف أياما مظنة طلبه وقيل سنة كالكثير قوله فوقه أى فوق التافه ودون الكثير مما يشح به صاحبه ويطلبه ابن رشد ولا خلاف فى وجوب تعريفه الا أنه يختلف فى حده فقيل سنة كالذى له بال وهو ظاهر رواية ابن القاسم فى المدونة وقيل لا يبلغ به الحول وهو قول ابن القاسم من رأيه فى المدونة أيضا ورواية عيسى عن ابن وهب فى العتبية فى مثل الدريهمات والدنانير انه يعرف ذلك أياما ابن عبد السلام وتأول المدونة بعضهم على القول الأول من كلام المصنف وهو الذى عليه الأكثر من أهل المذهب وغيرهم انتهى فترك المؤلف القول الذى عليه الأكثر ص ﴿ بكباب مسجد ﴾ ش قال فى المدونة وتعرف اللقطة حيث وجدها وعلى أبواب المساجد وحيث يظن أن ربها هناك أو خبره انتهى وفى سماع أشهب من كتاب اللقطة وسألته يعنى مالكا عن تعريف اللقطة فى المساجد فقال لا أحب رفع الصوت فى المساجد وقد بلغنى أن عمر بن الخطاب أمر أن تعرف اللقطة على أبواب المساجد وأحب الى أن لا تعرف فى المساجد ولو مشى هذا الى الخلق فى المساجد يخبرهم بالذى وجد ولا يرفع صوته لم أر بذلك بأسا انتهى وقال ابن الحاجب فى الجوامع والمساجد قال فى التوضيح ظاهره أن التعريف يكون فيها ولعل ذلك مع خفض الصوت ويحتمل أن يكون على حذف مضاف أى فى باب الجوامع والمساجد وهو أحسن لانه كذلك فى المدونة وغيرها والحديث انتهى وفى التمهيد التعريف عند جماعة الفقهاء فيما علمت لا يكون الا فى الأسواق وأبواب المساجد ومواضع العامة واجتماع الناس انتهى ص ﴿ أو بمن يثق به ﴾ ش ابن عبد السلام ولا ضمان عليه ان ضاعت اذا دفعها الى مثله فى الأمانة انتهى قاله فى شرح قول ابن الحاجب وهى أمانة (تنبيه) ويخير فى دفعها الى الامام ان كان عدلا قاله فى المدونة ونقله فى التوضيح ص ﴿ ودفعت لحبر إن وجدت بقرية ذمة ﴾ ش هذه المسئلة فى سماع موسى من كتاب اللقطة ونصه

وانظر قبل هذا في الجزية عند قوله الأأن يموت بلاوارث فللمسلمين ورأيت فتيا لابن أبي زيد فيمن غصب يهوديا ثم تاب وجهله ان كان من أهل الصلح وهم معروفون دفعه اليهم وان لم يعلم أو كان من غير أهل ذلك البلد فلبيت المال وله هو أن يتصدق به وفي سماع أبي زيد اذا كانت الفدية على الجماجم فالعاصب بيت المال أنظره في الوصايا (وله حبسها بعدها أو التصدق أو التملك) * الجلاب ان مضت السنة ولم يأت طالبها فهو مخير ان شاء أنفقها (٧٤) أو تصدق بها وضمنها أو حبسها ليأتي ربها وقال اللخمي ثبت في الحديث عرفها سنة فان جاء صاحبها والا فشأنك بها وفي الصحيح فان لم يعرف فاستنفقها وفي النسائي فان لم يأت صاحبها فهو مال الله يؤتيه من يشاء فتضمنت هذه الاحاديث أن الحكم فيها بعد الحول خلافه قبله وله ان يتصرف فيها لنفسه والذي يقتضيه قول ابن القاسم في المدونة أن له ان ينتفع بها غنيا كان أو فقيرا وقال مالك في الذي اشترى كبة الخيوط من المغنم بدرهم فوجد فيها صليب ذهب فيه سبعون مثقالا أن له أن يحبسه لنفسه قال ابن رشد لأنه لما لم يمكنه قسمة ذلك على الجيش لافتراقه صار حكمه حكم اللقطة بعد التعريف واليأس من وجود صاحبها في جواز أكلها لملتقطها لقول النبي صلى الله عليه وسلم فشأنك بها لأن مالكا انما كره له أكلها بعد التعريف مخافة أن يأتي صاحبها فيجده عديما لاشئ له ولو علم انه لا يجد صاحبها أبدا لما كره له أكلها وافتراق الجيش في هذه المسئلة كاليأس من وجود صاحبها وهذا في الاربعة الاخماس الواجبة للجيش وأما الخمس فواجب عليه أن يضعه في مواضع الخمس وقاس في نوازله على هذا حكم مستغرق الذمة بالحرام يتوب وما بيده ليس غير المغصوب وأرباب متاعه مجهولون قال حكم ما بيده حكم اللقطة بعد التعريف وحكم كبة الخيوط قال بل هذا في الجواز أحرى لأن أهل تباعته حقهم في ذمته لا في عين ما بيده بخلاف اللقطة وهذا الصليب راجع النوازل (ولو بمكة) تقدم نص ابن رشد قبل قوله ولا ان علم خيانته وقال عياض قول مالك وأصحابه ان لقطة مكة كغيرها وكذلك قال المازري وابن القصار (ضامنا فيهما

وسئل مالك عن اللقطة توجد في قرية ليس فيها إلا أهل الذمة فقال تدفع الى أحبارهم قال ابن رشد هذا قول فيه نظر اذ في الامكان أن تكون لمسلم وان كانت وجدت بين أهل الذمة فكان الاحتياط أن لا تدفع الى أحبارهم الا بعد التعريف بها استحسانا لغلبة الظن انها لهم على غير قياس فاذا دفعت اليهم بعد التعريف لها ثم جاء صاحبها غرموها له وانما كان يلزم أن تدفع ابتداء الى احبارهم لو تحقق انها لأهل الذمة بيقين لاشك فيه مع أنهم يقولون ان من ديننا أن يكون حكم لقطة أهل ملتنا مصروفا الينا وأما اذا لم يتحقق ذلك فكان القياس أن لا تدفع الى أحبارهم وتكون موقوفة أبدا وبالله التوفيق انتهى فتأمله والله أعلم ص ﴿أو التصدق﴾ ش قال في الطراز في باب اخراج زكاة الفطر في السفر في تعليل المسئلة ولانا نجوز للملتقط أن يتصدق باللقطة عن ربها ثم انه اذا علم بها بعد ذلك ورضي جاز انتهى فهذا هو المراد بالتصدق أن يتصدق بها عن ربها وأما تصدقه بها عن نفسه فهو داخل في تملكه اياها والله أعلم (تنبيه) قال في المدونة وأكره أن يتصدق بها قبل السنة الا أن يكون الشئ التافه انتهى قال أبو الحسن الكراهة هنا على المنع لان الشرع لم يأذن له انتهى ص ﴿أو التملك ولو بمكة﴾ ش تصوره واضح وعبارة ابن رشد قوية اذ قال بعد أن حكى الخلاف في تملك اللقطة وهذا الاختلاف انما هو فيما عدا لقطة مكة فاما مكة فقد ورد النص فيها انها لا تحل لقطتها الا لمنشد فلا يحل له استنفاقها باجماع وعليه أن يعرفها أبدا وان طال زمانها انتهى فتأمله فانه مشكل والله أعلم وفي الاكمال عن المازري عن مالك أن حكم اللقطة في سائر البلاد حكم واحد وعند الشافعي أن لقطة مكة بخلاف غيرها انتهى من كتاب الحج (تنبيه) قال النووي في شرح مسلم وفي جميع أحاديث الباب دليل على ان التقاط اللقطة وتملكها لا يفتقر الى حكم حاكم ولا اذن سلطان وهذا مجمع عليه وفيها أنه لا فرق بين الغني والفقير وهذا مذهبنا ومذهب الجمهور والله أعلم انتهى وفي التمهيد أجمعوا على أن للفقير أن يأكلها بعد الحول وعليه الضمان واختلفوا في الغني فقال مالك أحب أن يتصدق بها بعد الحول ويضمنها وقال ابن وهب قلت لمالك قال ان شاء أمسكها وان شاء تصدق بها وان شاء استنفقها وان شاء صاحبها أداها اليه وقال الشافعي يأكل اللقطة الغني والفقير بعد حول وهذا تحصيل مذهب مالك وقوله انتهى (مسئلة) قال في سماع ابن القاسم من كتاب اللقطة وسئل مالك عن اللقطة يجدها الرجل فيعرفها سنة فلا يجد صاحبها فيستنفقها ثم يحضره الوفاة فيوصي بها ويترك دينا عليه ولا وفاء له كيف ترى قال أرى أن يحاص الغرماء بها أهل الدين بقدر ما يصيبها ابن رشد هذا كما قال لان اقرار المديان بالدين عند مالك جائز لمن لا يتهم عليه كان اقراره في صحته أو مرضه وانما يفترق عند الصحة من المرض في رهنه وقضاء بعض غرمائه

دون بعض وفى اقراره بالدين لمن يتهم عليه فلا يجوز شئ من ذلك فى المرض واختلف قوله فى جواز ذلك فى الصحة فمرة أجاز ذلك ومرة لم يجزه ومرة فرق فأجاز الرهن والقضاء ولم يجز الاقرار ومرة أجاز القضاء خاصة ولم يجز الرهن ولا الاقرار وأما ان أقر انه استنفق اللقطة ولا دين عليه ولم يقم بذلك عليه حتى مات فان كان اقراره بذلك فى صحته جاز ذلك من رأس ماله على ورثته وان كان اقراره فى مرضه فان كان يورث بولد جاز اقراره من رأس المال وان أوصى أن يتصدق بها عن صاحبها أو توقف له واختلف ان كان يورث بكلالة فقيل انه ان أوصى ان توقف وتحبس حتى يأتى صاحبها جازت من رأس المال وان أوصى أن يتصدق بها عنه لم يقبل قوله ولم تخرج من رأس المال ولا من الثلث وقيل انه يكون من الثلث وقيل انه ان كانت يسيرة جازت من رأس المال وان كانت كثيرة لم تكن فى رأس المال ولا ثلث انتهى وفى سماع عبد الملك من ابن وهب قال عبد الملك سألت ابن وهب عن اللقطة يجدها الرجل فيستنفقها بعد السنة يقدم عليه الغرماء ولم يأت صاحبها أترى أن يحاص بها الغرماء قال نعم أرى للسلطان أن يحاص بها الغرماء وسألت أشهب فقال لى مثله الا أنه لم يذكر السلطان ابن رشد ليس سكوت أشهب عن ذكر السلطان فى هذا مخالفا لما قاله ابن وهب لان السلطان هو الناظر فيها لصاحب اللقطة لكونه فى منزلة الغائب اذ لا يعرف ومعنى ذلك اذا علم اقراره باستنفاقه قبل ان يقوم عليه الغرماء انه لا يجوز اقرار المفلس بعد التفليس لمعين معلوم فكيف لغائب مجهول انتهى (مسئلة) من كتاب اللقطة فى سماع ابن القاسم وسئل مالك عن رجل دخل حانوت رجل بزاز ليشترى منه ثوبا ثم خرج منه فاتبعه صاحب الحانوت فقال يا أبا عبد الله هذا دينار وجدته فى حانوتى ولم يدخل على اليوم أحد غيرك فعمد الرجل فافتقد دينارا منها أترى أن يأخذه فقال مالك لا أدرى هو أعلم بيقينه ان استيقن انه ديناره فليأخذه قيل له التاجر يقول لم يدخل على اليوم غيرك وقد افتقد الرجل من نفقته دينارا قال ان استيقن انه له فليأخذه قال ابن رشد فى قوله ان استيقن فليأخذه دليل على انه لا يأخذه الا ان استيقن انه له بزيادة على ما ذكره يحصل له بها اليقين انه له وهذا على سبيل التورع والنهاية فيه انه اذا لم يعترضه شك فى انه له فأخذه له سائغ حلال لان الغالب على ظنه انه له اذ قد افتقد دينارا ولو لم يعلم عدد نفقته لساغ له عندى أن يأخذه لقول صاحب الحانوت انه لم يدخل على اليوم أحد غيرك وان كان التورع من أخذه أولى وأحسن وكذلك لو قال له صاحب الحانوت هذا الدينار وجدته فى مكانك بعد خروجك ولا أدرى هل هو لك أو لغيرك ممن دخل الحانوت فعد الرجل نفقته فافتقد دينارا وأما لو قال له هذا الدينار وجدته فى مكانك بعد خروجك ولا أدرى هل هو لك أو لغيرك ممن دخل الحانوت والرجل لا يعلم عدد نفقته لما ساغ له ان يأخذه بالشك وبالله التوفيق ص ﴿كنية أخذها قبلها﴾ ش قال الشارح بهرام فى الوسط يعنى ان الملتقط اذا نوى قبل السنة أكل اللقطة فانه يضمنها يريد اذا ضاعت عنده وظاهره انه يضمن بمجرد النية وفيه نظر فان أبا الحسن الصغير قال المشهور ان النية بمجردها لا توجب شيأ الا ان يقارنها فعل انتهى وما نقله عن أبى الحسن فليس هو فى هذه المسئلة انما قاله فى شرح قوله فى المدونة ومن التقط لقطة فبعد أن حازها وبان بها ردها بموضعها أو بغيره ضمنها فاما ان ردها فى موضعها مكانه ساعته كمن مر فى أثر رجل فوجد شيأ فأخذه وصاح به أهذا لك فيقول لا فتركه فلا شئ عليه وقاله مالك فى واجد الكساء بأثر رفقة فأخذه وصاح أهذا الكم فقالوا لا فرده قال قد أحسن فى رده ولا يضمن قال أبو الحسن قوله ليعرفها انظر هل تعريفا عاما الذى هو السنة أو تعريفا خاصا

(كنية أخذها قبلها) ابن الحاجب هى أمانة مالم ينو اختزالها فتصير كالمغصوب ومن المدونة اذا ضاعت اللقطة من الملتقط لم يضمن قال أشهب وابن نافع وعليه اليمين قال ابن القاسم وان قال له ربها أخذتها لتذهب بها وقال هو بل لأعرفها صدق الملتقط قال أشهب بلا يمين

كواجد الكساء عياض اختلف تأويل الشيوخ على كلام ابن القاسم فقيل ان الثانية بخلاف الاولى وانه ضمنه فى الاولى لانه أخذها بنية التعريف فلزمه حفظها والثانية لم يأخذها بنية التعريف فالقرب والبعد سواء فى ذلك وحكى ذلك عبد الوهاب وتأول آخرون ان مذهب ابن القاسم انه لا يضمن اذا ردها بالقرب يعنى اذا أخذها بنية التعريف واليه نحا اللخمى فحاصله أن قوله من أخذ لقطة المسئلة وقوله فاما ان ردها فى موضعها مكانه اختلف فى تأويله فذهب بعض الشيوخ الى أنه انما ضمنها فى الاولى اذا لم يردها بالقرب لقولها فبعد ان حازها وبان بها ولم يضمنه فى الثانية لانه ردها بالقرب وهذا تأويل اللخمى وذهب غيره الى انه انما ضمنه فى الاولى لانه أخذها بنية التعريف فلزمه حفظها فلا فرق فى ذلك بين القرب والبعد وفى الثانية لم يأخذها بنية تعريف العام وهذا تأويل ابن رشد الشيخ وهل توجب النية بمجردها شيأ أم لا فالمشهور انها لا توجب شيأ لقوله عليه الصلاة والسلام مالم تعمل أو تتكلم فمن نوى قربة فلا تلزمه بمجرد النية الا أن يقارنها قول كالنذر أو الشروع فى العمل ثم هذا العمل اما أن يكون مما لا يتجزأ كصوم يوم أو صلاة فهذا يلزم اتمامه بالشروع وان كان مما يتجزأ كالجوار وقراءة أحزاب أو نوى اطالة القيام فى الركوع بدا له فما شرع فيه لزم ومالم يأت ليس فيه الا مجرد النية فلا يلزمه والتعريف مما يتجزأ فليس فيما يأتى الا مجرد النية فانظر انتهى فتأمله وقال البساطى أى وكذلك يضمن الرجل اذا نوى لما وجد اللقطة أن يأخذها تملكا وكانت هذه النية قبل وضع اليد عليها فانه يضمن بهذه النية كالغاصب انتهى * وان قلت حملت اللفظ على مالا يحتمل * قلت بل يحتمل وغاية ما يورد انى غيرت الاخذ حتى يصح المعنى المنصوص وقدرت مضافا محذوفا بعد قبل أى قبل قبضها الاجل ذلك وما حمله عليه الشارح أولا لا يصح معنى ولا نقلا انتهى فما قاله الشيخ بهرام هو ظاهر كلام المؤلف وقد علمت ما فى قوله وظاهره الى آخره واحتجاجه بكلام أبى الحسن وان ذلك ليس فى هذه المسئلة وسيأتى كلام ابن عرفة بانه يجب الضمان فى هذه المسئلة اتفاقا فيبقى كلام المصنف على ظاهره والله أعلم وأما البساطى فاول كلام المصنف ليوافق ما قاله ابن رشد فى المقدمات فانه انما ذكر الضمان اذا أخذها بنية تملكها وقال ابن الحاجب وهى أمانة مالم ينو اختزالها فتصير كالمغصوب قال الشيخ فى التوضيح هو ظاهر تصورا وتصديقا وقال ابن عبد السلام يعنى ان اللقطة بيد ملتقطها على حكم الامانة بمقتضى حكم الشرع وان قبضها بغير اذن مالكها مالم ينو اغتيالا وغصبا فان نوى ذلك ضمنها كما يضمن الغاصب وهذا بين اذا كانت هذه نيته حين التقطها وان حدثت له هذه النية بعد الالتقاط جرى ذلك على تبدل النية مع بقاء اليد انتهى قال ابن عرفة بعد نقل كلام ابن عبد السلام (قلت) يرد بان القول بلغو أثر النية انما هو مع بقاء اليد كما كانت لا مع تغير بقائها عما كانت بوصف مناسب لتأثير النية ويد الملتقط السابقة عن نية الاغتيال كانت مقرونة بالتعريف أو العزم عليه وهى بعدها مقرونة بنقيض ذلك فصار ذلك كالفعل فيجب الضمان اتفاقا انتهى وقال ابن عرفة قلت الاظهر انه ينظر لحال المدعى عليه كالغصب انتهى وكذلك هو صريح فى عبارة الشامل ونصه ولو نوى أكله قبل العام ضمنه ان تلف انتهى وهو ظاهر عبارة ابن الحاجب أيضا فكلام المؤلف على ظاهره ولا يحتاج لتأويل على ما قال البساطى (فرع) قال فى كتاب الزكاة من التوضيح وأما ملتقط اللقطة فلا زكاة عليه ان لم ينو امساكها لنفسه وان نوى ذلك ولم يتصرف ففى ضمانه قولان والقول بعدم ضمانه لابن القاسم فى المجموعة وان تصرف فيه ضمنه بلا خلاف انتهى ونقله ابن عبد السلام وابن عرفة

ونصه وفى صير ورتها دينا على ملتقطها الارادة أ كلها أو بتحريكه نقلا الشيخ عن سحنون مع المغيرة وعن ابن القاسم فى المجموعة وعزا ابن رشد الاول لروايتى ابن القاسم وابن وهب عن مالك انتهى والمسئلة فى رسم نقدها من سماع عيسى من كتاب الزكاة والله أعلم (فرع) قال ابن عبد السلام قال أشهب ولو ادعى صاحبها أنه التقطها ليذهب بها فالقول قول الملتقط انه التقطها ليعرف بها بغير يمين انتهى وماعزاه لاشهب هو فى المدونة ونصها وان ضاعت اللقطة من الملتقط لم يضمن ابن يونس قال أشهب وابن نافع وعليه اليمين ومذهب الكتاب فى هذا لا يمين عليه الا أن يتهم وقاله ابن رشد انتهى من أبى الحسن ونحوه فى التوضيح ثم قال فى المدونة وان قال له ربها أخذتها لتذهب بها وقال هو بل لاعرفها صدق الملتقط ابن يونس قال أشهب بلا يمين انتهى وقال ابن رشد فى المقدمات ولا يعرف الوجه الذى التقطها عليه الامن قبله فان تلفت عنده أو ادعى تلفها وادعى انه أخذها ليحرزها على صاحبها فهو مصدق دون يمين الا أن يتهم وسواء أشهد حين التقطها أو لم يشهد على مذهب مالك لان الاشهاد مستحب انتهى وقال فى التوضيح ولا يلزم الاشهاد عليها حال التقاطها خلافا لبعض الحنفية انتهى ص ﴿ وردها بعد أخذها للحفظ الا بقرب فتأويلان ﴾ ش تصوره واضح قال ابن الحاجب فان أخذها لحفظها ثم ردها ضمنها قال ابن عبد السلام ولا شك ان هذه المسئلة انما تتفرع على القسم المختلف فيه انتهى يعنى من أقسام الالتقاط وماقاله ظاهر لان القسم الذى يحرم فيه الالتقاط هو مأمور بالرد والقسم الذى يجب يضمن بمجرد تركها وقد علمت كلام المدونة والتأويلين عليه فيما سبق فلا حاجة الى الاعادة وقول المؤلف بعد أخذها للحفظ احتراز مما اذا أخذها لا بنية الحفظ ولا بنية اغتيالها فانه لا يضمن اذا ردها بالقرب بلا خلاف ويضمن اذا ردها بعد البعد قال أبو الحسن قال عياض لا خلاف اذا أخذها بغير نية التعريف كاخذ الكساء انه غير ضامن اذا ردها لموضعها فى الحين انتهى وقال فى المقدمات واجد اللقطة على ثلاثة أوجه * أحدها أن يأخذها ولا يريد التقاطها ولا اغتيالها * والثانى أن يأخذها ملتقطا لها * والثالث أن يأخذها مغتالا لها فأما الأول فهو مثل أن يجد ثوبا وهو يظنه لقوم بين يديه يسألهم عنه فهذا ان لم يعرفوه ولا ادعوه كان له أن يرده حيث وجده ولا ضمان عليه فيه قاله ابن القاسم فى المدونة ورواه ابن وهب عن مالك لانه لم يصر فى يده ولا تعدى عليه وانما أعلم به من ظن أنه له ولم يلتزم فيه حكم اللقطة وهذا اذا ردها بالقرب وأما ان ردها بعد طول فهو ضامن انتهى والقسمان الباقيان تقدما فى كلام المؤلف والله أعلم ص ﴿ وذو الرق كذلك وقبل السنة فى رقبته ﴾ ش يعنى ذو الرق اذا التقط لقطة فعليه أن يعرفها سنة فبعد السنة ان أ كلها أو تصدق بها ضمنها فى ذمته وهذا معنى قوله كذلك وقوله وقبل السنة فى رقبته واضح قال أبو الحسن الصغير قال اللخمى وليس لسيده منعه من التعريف لان التعريف يصح حين تصرفه لسيده ولا يقطعه ذلك عن بيعه لسيده ولسيده أن ينتزعها ويوقفها على يدى عدل لئلا يخاف عليها أن تتلف أو يتصرف فيها العبد وان كان غير مأمون كان أبين أن توقف على يدى عدل انتهى واذا كانت فى ذمته فليس لسيده أن يسقطها قاله اللخمى أيضا قال فى النوادر قال مالك فى العبد يستهلك اللقطة قبل السنة انها فى رقبته قال ابن القاسم وأشهب ومطرف وابن

(وردها بعد أخذها للحفظ الا بقرب فتأويلان) من المدونة قال ابن القاسم من التقط لقطة بعد ان حازها وبان بها ردها لموضعها أو لغيره ضمنها وأما ان ردها فى موضعها مكانه فى ساعته كمن مر فى أثر رجل فوجد شيأ وأخذه وصاح به أهذا لك فيقول لا فيتركه فلا شئ عليه وقاله مالك فى واجد الكساء فى أثر رفقة فأخذه وصاح به أهذا لكم فقالوا لا فرده قال قد أحسن فى رده ولا يضمن * ابن رشد هذا ان رده بالقرب وأما ان رده بعد طول فهو ضامن وقال عياض فى مسئلة الكساء انه لا خلاف فيه لانه أخذه بغير نية التعريف قال واختلف اذا أخذ اللقطة بنية التعريف ثم بدا له فردها بالقرب واختلف تأويل الشيوخ على كلام ابن القاسم فقيل انه بخلاف الاول وانه ضامن لانه انما أخذها بنية التعريف فلزمه حفظها وتأول آخرون ان مذهب ابن القاسم انه لا يضمن اذا ردها بالقرب (وذو الرق كذلك وقبل السنة فى رقبته) اللخمى اذا التقط العبد اللقطة عرفها وليس لسيده منعه قال فى المدونة وان استهلكها قبل السنة كانت فى رقبته وان استهلكها بعد السنة لم تكن الا فى ذمته * ابن يونس ولم يكن لمولاه أن يسقطها عنه لان صاحبها لم يسلط يده عليها ولولا الشبهة لكانت فى رقبته قال ابن القاسم وانما جعلها بعد السنة فى ذمته لقوله عليه الصلاة والسلام عرفها سنة فان جاء صاحبها والا فشأنك بها فاختلف الناس فى تأويل فشأنك بها

(وله أكل مايفسد ولو بقرية وشاة بفيفاء) تقدم كلام ابن رشد عند قوله لاتافها ونص المدونة من وجد ضالة بقرب العمران عرف بها فى أقرب القرى اليه ولا يأكلها وان كانت فى فلوات الارض والمهامه أكلها ولا يعرف بها ولا يضمن لربها شيأ وقال سحنون فيمن وجد شاة اختلطت بغنمه فهى كاللقطة (٧٨) يتصدق بها أو بثمنها يريد بعد السنة فان جاء ربها ضمنها له وله شرب لبنها وهذا خفيف لانه يرعاها ويتفقدها وقال مالك اذا وجد الغنم فى أقرب العمران فعرفها فلم يأت ربها فالصدقة بثمنها أحب الى من الصدقة بها وكذلك الاستيناء بثمنها وليس بواجب ونسلها مثلها وأما اللبن والزبد فان كان بموضع لذلك ثمن فليبع ويصنع بثمنه مايصنع بثمنها وان كان له قيام وعلوفة فله أن يأكل منه بقدر ذلك وأما بموضع لاثمن له فليأكله وأما الصوف والسمن فليتصدق به أو بثمنه قال مالك فان تصدق بها أو بثمنها ثم جاء ربها فلاشئ له بخلاف المال اه نقل ابن يونس ولابن رشد اثر نقله كلام سحنون مانصه له شرب لبنها قدر قيامه بها ومازاد على ذلك كلقطة طعام يفرق بين قليله وكثيره قال ابن رشد ولافرق بينها وبين نتاجها ولابن رشد أيضا خفف مالك أن يأخذ من لبنها بقدر قيامه عليها لانه كالوصى فى مال يتيمه والزائد على ذلك ماله قدر يشح به ربه كلقطة ومالا يشح به له أكله (كبقر بمحل خوف والا تركت كابل فان أخذت عرفت ثم تركت بمحلها) ومن المختلطة قال ابن القاسم وضالة البقر ان كانت بموضع يخاف عليها من السباع والذئاب فهى كالغنم وان كانت لايخاف عليها من السباع والذئاب فهى كالابل قال ابن القاسم وان وجد ضالة الابل فى الفلاة تركها فان أخذها عرفها سنة وليس له أكلها ولا بيعها فان لم يجد ربها فليخلها بالموضع الذى وجدها فيه (وكراء بقر ونحوها فى علفها كراء مأمونا) اللخمى ضالة البقر والخيل وغيرها من الدواب يمنع من أخذها اذا كانت فى موضع رعى

الماجشون وأصبغ سواء أكلها أو أكل ثمنها أو تصدق بها أو وهبها قال أشهب وابن المغيرة وكذلك المدبر فان أسلم سيده خدمته فيها أخدمه فيها ثم عاد الى ربه فان مات ربه قبل استيفاء ربها قيمتها من خدمته عتق فى ثلث سيده واتبع بما بقى قال أشهب وان كان مكاتبا فهى فى رقبته اما ان يؤدى قيمتها والا عجز ثم خير ربه فى اسلامه بها عبدا أو افتدائه ويبقى له عبدا وان استهلكها بعد السنة فهى فى ذمته وكذلك المدبر وأم الولد وان استهلكت أم الولد قبل السنة فكالجناية يضمن سيدها الاقل من قيمتها أو قيمة اللقطة انتهى ص ﴿ وله أكل مايفسد ﴾ ش ظاهره من غير تعريف أصلا وهو ظاهر كلام ابن رشد وابن الحاجب وفى المدونة مايدل على التعريف ونصه ومن التقط مالايبقى من الطعام فاحب اليه أن يتصدق به كثر أو قل ولم يؤقت مالك فى التعريف به وقتا فان أكله أو تصدق به لم يضمنه لربه انتهى وقال فى الشامل والتصدق به أولى ولا ضمان على الاصح وثالثها ان تصدق به لا أكله انتهى وظاهر كلام المؤلف كان له ثمن أم لا وليس كذلك فقد صرح ابن رشد بانه اذا كان له ثمن بيع ووقف ثمنه ذكره فى أول سماع عيسى من كتاب الضحايا وتقدم كلامه برمته فى الضحايا فراجعه والله أعلم ص ﴿ وشاة بفيفاء ﴾ ش عطف الشاة على مايفسد ولم يشبه الشاة به كما فعل ابن الحاجب ولا شبهه بالشاة كما فعل فى المدونة لان كل واحد منهما أصل ورد فيه حديث أما الشاة فالحديث المشهور هى لك أو لأخيك أو للذئب وأما مايفسد فجرى ذكره فى حديث الثمرة وغيره والله أعلم وقوله بفيفاء يعنى لاعمارة فيه لكونه يخشى عليها فيه السباع وترك المؤلف شرطا آخر ذكره ابن الحاجب وهو كونه يعسر حملها وأقره فى التوضيح فقال ابن عبد السلام والثانى لم يذكره فى المدونة وظاهر كلام المؤلف يعنى ابن الحاجب انه لو لم يعسر حملها للزمه حملها ولم يجز له أن يأكلها انتهى واذا أكلها بالفيفاء فلا ضمان عليه فيما قاله فى المدونة وقوله بفيفاء احترز به مما لو وجدها فى القرية أو بقرب العمران فان عليه ان يعرفها قال فى المدونة ومن وجد ضالة غنم بقرب العمران عرف بها فى أقرب القرى اليها ولا يأكلها وان كانت فى فلوات الارض والمهامه أكلها ولا يعرف بها ولا يضمن لربها شيأ انتهى (فرع) قال ابن يونس قال سحنون فيمن وجد شاة اختلطت بغنمه فهى كاللقطة يتصدق بها أو بثمنها يريد بعد السنة فان جاء ربها ضمنها له انتهى (فرع) قال فى التوضيح فلو ذبحها فى الفلاة ثم أتى بلحمها كله غنيا كان أو فقيرا أصبغ ويصير لحمها وجلدها مالا من ماله ولا ضمان عليه فى ذلك الا أن يأتى ربها وهى فى يديه فيكون أحق بها وان أتى بالشاة من الفلاة الى العمارة فلها حكم اللقطة يعرفها وان أتى ربها أخذها اللخمى يريد ويعطيه أجرة نقلها انتهى ص ﴿ كابل ﴾ ش ظاهره ان هذا فى جميع الازمان قال فى المقدمات وهو ظاهر قول مالك فى المدونة وفى سماع أشهب من العتبية وقيل هو خاص بزمن العدل وصلاح

وماء لا يخاف عليها سباع ولا ناس فان انخرم أحد هذه الوجوه أخذت وليس لهذه صبر عن الماء كالابل فان أخذت عرفت حولا واذا تكلف ذلك واجدها ولم يلحق صاحبها فى الانفاق عليها تلك المدة مضرة فان قدر على رعيها فى أمن وحفظ أو يؤاجر فى بعض الأوقات بقدر ما تحتاج من النفقة فعل ذلك فان خيف خروجها الى الرعى استؤجرت فى مأمون من الأعمال بقدر ما تحتاجه من النفقة فان لم توف الاجارة بعلفها أو قال واجدها لا أتكلف الصبر عليها بيعت واختلف فيمن يتولى البيع راجع اللخمى (وركوب دابة لموضعه والا ضمن) مطرف لو أجر ضالة الدواب لركوبها الى موضعه لا فى حوائجه فان فعل ضمنها (وغلتها دون نسلها) الذى لمالك نتاج الضالة مثلها ولبنها على أن يؤكل منه وقيده ابن رشد بقدر قيامه عليها والزائد عليه لقطة وقد تقدم هذا قبل قوله كبقر فانظره مع لفظ خليل (وخير ربها بين فكها بالنفقة أو اسلامها) من المدونة من وجد الخيل والبغال والحمير فليعرفها فان جاء ربها أخذها وما أنفق على هذه الدواب أو أنفق على ما التقط من عبد أو أمة أو على ابل قد كان ربها أسلمها أو على بقر أو غنم أو متاع أكرى لحمله من موضع الى موضع بأمر سلطان أو بغير أمره فليس لرب ذلك أخذه حتى يدفع اليهما

أنفق فيأخذه الا أن يسلمها اليه فلا شئ عليه فى رهونها المنفق على الضالة أحق بها من الغرماء حتى يستوفى نفقته (وان باعها بعدها فالربها الا الثمن) من المدونة ان بيعت اللقطة بعد السنة فليس لربها ان جاء أن يفسخ البيع وان بيعت دون أمر الامام ولربها أخذ الثمن ممن قبضه وكذلك قال ابن القاسم فى غير المدونة فى الدواب اذا بيعت * ابن يونس وجعل أشهب بيع الثياب بعد السنة دون أمر الامام تعديا وجعله ينقض البيع فى الدواب ان كانت قائمة والحديث يدل على خلافه قوله عليه السلام فشأنك بها فقول ابن القاسم هذا أبين (بخلاف لو وجدها بيد المسكين أو مبتاع منه فله أخذها) من المدونة اذا تصدق باللقطة بعد السنة ثم جاء ربها فان كانت قائمة بيد المسكين فله أخذها فان أكلها المساكين فليس له تضمينهم لانه قيل فى اللقطة يعرفها سنة ثم شأنه بها بخلاف الموهوب يأكل الهبة ثم تستحق هذا ربه أن يضمنه * ابن يونس ان تصدق بها بعد أن التزم قيمتها لربها فربها مخير ان يلزمه ما التزم أو يأخذها من يد المساكين وان تصدق بها تعديا أو عن ربها فليس لربها الا أخذها وان فاتت فى الوجهين لزم ملتقطها قيمتها قال ابن القاسم وان وجدت بيد من ابتاعها من المساكين فله أخذها ثم يرجع المبتاع على الملتقط * ابن يونس جعل ابن القاسم ان لربها نقض البيع الذى باعه المساكين لها وليس له نقض بيع الملتقط لها والفرق أن الملتقط باعها خوفا من ضياعها أو أوقف له ثمنها فلم ينقض بيعه لقوله صلى الله عليه وسلم فشأنك بها والمساكين انما باعوها على أنها ملك لهم فاستحقها نقض بيعهم كنقضه بيع المشترى فى الاستحقاق ابن يونس فاذا أخذها من المبتاع رجع المبتاع بالثمن على المساكين ان كان قائما بأيديهم كما كان لربها أن يأخذ عينها منهم وان أكلوه فالأولى أن يرجع على الملتقط الذى سلط أيديهم عليها كما لو أكلوها وانظر لهذه المسئلة نظائر أعنى فى رجوع الانسان فى عين ماله فان فات فلا رجوع له من ذلك

الناس وأما فى الزمن الذى فسد فيه الناس فالحكم ان تؤخذ فتعرف فان لم تعرف بيعت ووقف ثمنها لصاحبها فان أيس منه تصدق به على ما فعله عثمان لما داخل الناس فى زمنه الفساد وقد روى ذلك عن مالك انتهى قال فى التوضيح قال ابن عبد السلام وصحح مذهب مالك عدم التقاطها مطلقا انتهى وظاهره أيضا سواء كانت بموضع يخاف عليها السباع أم لا لانها لا تؤخذ وقال فى المقدمات واختلف ان كانت الابل بعيدة من العمران بحيث يخاف عليها السباع فقيل انها فى حكم الغنم لواجدها أكلها وقيل انها تؤخذ فتعرف اذ لا مشقة فى جلبها انتهى وقال ابن عبد السلام واختلف هل تلتقط حيث لا يؤمن عليها السباع انتهى ونقله عنه فى التوضيح ولم ينقله عن المقدمات والله أعلم وظاهره أيضا سواء كانت فى العمران أو فى الصحراء لاطلاقه وقال ابن الحاجب ولا تلتقط الابل فى الصحراء قال فى التوضيح قوله فى الصحراء نحوه فى المدونة فيحتمل أن لا يكون له مفهوم لانه خرج مخرج الغالب ويحتمل أن يكون له مفهوم ثم هو محتمل للموافقة لانه اذا امتنع التقاطها حيث يتوهم ضياعها فامتناعه حيث لا يتوهم أولى ومحتمل للمخالفة فيكون معناه انها تلتقط فى العمران لسهولة وجدان ربها لها بخلاف ما اذا نقلها من الصحراء الى العمارة فلا تتأتى معرفة ربها ولانها فى العمران لا تجد ما تأكل فتهلك * ابن عبد السلام والاول أسعد بظاهر المذهب والثانى أقرب الى لفظه انتهى قوله فى الحديث مالك ولها معها حذاؤها وسقاؤها حذاؤها اخفافها لما فيها من الصلابة وسقاؤها كرشها لكثرة ما تشرب فيه من الماء وتكتفى به الايام وكلاهما من مجاز التشبيه والله أعلم ص * وغلتها دون نسلها * ش قال فى المسائل

من أثاب من صدقة فظن ان ذلك يلزمه ومن ردما تسلفه بارض الحرب ومن اشترى حاجة لغيره ثم تبين له انها قامت عليه بأكثر أو دفع ثوبا أرفع مما باع غلطا أو باع مرابحة ثم ذكرانه غلط وما أصاب الخوارج من الأموال ثم تابوا ومن دفع كفارة أو زكاة لمن لا يستحقها ومن عليه نصف عشر فاخرج العشر فانه يرجع فى عين ذلك ولا رجوع له ان تلف قال الصائغ وان كان له زرع آخر فلا يحاسب بقدر ما زاد جهلا (وللملتقط الرجوع عليه ان أخذ منه قيمتها الا أن يتصدق بها عن نفسه) ابن الحاجب للملتقط الرجوع على المساكين فى عينها ان أخذ منه قيمتها الا أن يكون تصدق عن نفسه ونقل ابن يونس عن أشهب ان تصدق بها عن نفسه فلربها أخذها من المساكين أو قيمتها من الملتقط ثم لا يرجع الملتقط على المساكين بشئ (وان نقصت بعد نية تملكها فلربها أخذها أو قيمتها) ابن رشد ان وجدها ربها بيد ملتقطها وقد نقصها باستعمال فله أخذها وما نقصها وان استهلكها ففى تخييره فى أخذ قيمتها أو أخذها ولا شئ له فى نقصها ابن شاس ﴿ كتاب اللقيط ﴾ وفيه بابان * الأول فى الالتقاط * الثانى فى أحكام اللقيط (ووجب لقط طفل نبذ كفاية) * ابن شاس كل صبى ضائع لا كافل له فالتقاطه من فروض الكفاية (وحضانته) * ابن عرفة حضانة اللقيط على ملتقطه اتفاقا (ونفقة ان لم يعط من الفىء الا أن يملك كهبة أو يوجد معه مال أو مدفون تحته ان كانت معه رقعة) * ابن شاس نفقة اللقيط فى ماله وهو ما وقف على اللقطاء أو وهب لهم أو أوصى لهم به أو ما وجد تحت يد اللقيط عند التقاطه لكونه ملفوفا عليه وفى الزاهى ان وجدها على فراشه أو ثوب أو دابة أو معه مال مشدود أو حزم على مال موضوع مشدود فهو له * ابن شاس وأما ما هو مدفون فى الارض تحته فليس هو له الا ان توجد معه رقعة مكتوب بها انها له فيكون حينئذ له * ابن عرفة فان لم يكن له مال فقال الباجى من بيت المال فان لم يكن بيت مال ينفق عليه منه فروى محمد على ملتقطه حتى يبلغ و يستغنى ولا رجوع له عليه وان استأذن الامام ومن المدونة اللقيط حر ونفقته من بيت المال وكذلك أجر رضاعه و رضاع من لا مال له من اليتامى (ورجوعه على أبيه ان طرحه عمدا) من المدونة قال مالك لا يتبع اللقيط بشئ مما أنفق عليه وكذلك اليتامى الذين لا مال لهم قال ومن كفل يتيما فأنفق عليه ولليتيم مال فله أن يرجع عليه بما أنفق أشهد أو لم يشهد اذا قال أنفقت عليه لارجع فى ماله وقال ولو قال من فى حجره يتيم أنا أنفق عليه فان أفاد مالا أخذته منه والا فهو فى حل فذلك باطل ولا يتبع اليتيم بشئ الا أن تكون له أموال عروض فيسلفه حتى يبيع عروضه فذلك له وان قصر المال عما أسلفه لم يتبعه بالزائد وكذلك اللقيط وأما الاب اذا أنفق على ولده وله مال عين أو عرض ثم قال حاسبوه حوسب بذلك وان مات ولم يقل شيأ فان كان ماله عرضا حوسب لأنه قد يرى بقاءه الا أن يباع وان كان ماله عينا حاضرا فلا يحاسب لأن ترك الانفاق منه وذلك يمكنه دليل على انه لم يرد الرجوع عليه قال ابن القاسم ومن التقط لقيطا فأنفق عليه فاتى رجل أقام البينة انه ابنه فليتبعه بما أنفق ان كان الاب موسرا حين النفقة لأنه ممن تلزمه نفقته هذا ان تعمد الاب

الملقوطة وأما منافع اللقطة وغلاتها ولبنها فقال مالك للملتقط ولا يتبع بذلك و يتبع بها و بنسلها خاصة وقيل يتبع بالجميع ان كان له ثمن وله أن يكرى البقر وغيره فى علفها كراء مأمونا وله الركوب وله بيع ما يخاف ضياعه وتلفه انتهى ص ﴿ ووجب لقط طفل نبذ كفاية ﴾ ش قال ابن الحاجب اللقيط طفل ضائع لا كافل له ابن عبد السلام وسواء علم نسبه أو لم يعلم والكافل المنفى هو القريب والا فالملتقط كافل انتهى وقوله كفاية قال فى الجواهر وكل صبى ضائع لا كافل له فالتقاطه من فروض الكفاية فمن وجده وخاف عليه الهلاك ان تركه لزمه أخذه ولم يحل له تركه انتهى ص ﴿ ونفقته ان لم يعط من الفىء الخ ﴾ ش لم يتعرض المصنف لمنتهى النفقة وقال ابن الحاجب فان تعذر فعلى ملتقطه حتى يبلغ أو يستغنى قال ابن عبد السلام يعنى فان تعذر الانفاق عليه من شئ من الوجوه المتقدمة وجبت نفقته على ملتقطه اما بمقتضى العادة لان العادة تدل على مثل هذا واما لانه أولى الناس به و يستمر انفاقه عليه الى البلوغ أو يستغنى قبل ذلك على ان الباجى وغيره ممن نقل هذا الفرع عن كتاب محمد انما عطف يستغنى على ما قبله بالواو وذلك يوهم ان يكون حكمه فى النفقة حينئذ كحكم الولد تستمر النفقة عليه الى أن يبلغ الذكر صحيحا أو تتزوج الأنثى و يدخل بها زوجها وما أظنه يريد مثل هذا انتهى وقال فى التوضيح نفقته على ملتقطه حتى يبلغ و يستغنى هكذا نقل الباجى وغيره هذه الرواية بالواو وخلاف قول المصنف أو يستغنى انتهى فتأمله وفى الشامل حتى يبلغ و يستغنى بالواو كنقل الباجى ص ﴿ ورجوعه على أبيه ان طرحه عمدا ﴾ ش تصوره

واقع قال ابن الحاجب فان ثبت له أب بالبينة قال فى التوضيح قوله ثبت لامفهوم له لانه لو أقر بانه ولده كان الحكم كذلك صرح به الباجى وانما تشترط البينة أومايقوم مقامها فى التصديق فى الاستلحاق انتهى وعبارة التهذيب نحو عبارة ابن الحاجب فنبه عليها أبو الحسن الصغير وقول المؤلف ان طرحه عمدا كقول ابن الحاجب فان ثبت له أب بالبينة طرحه عمدا لزمته ويفهم من كلامه وكلام المؤلف انه لو لم يطرحه أوطرحه بلا عمد لارجوع عليه ولكن انما تكلم ابن عبد السلام والمؤلف على المفهوم الأول وهو كونه لم يطرحه وكذا الشارح بهرام فى كلام المؤلف وقال فى المدونة ومن التقط لقيطا فانفق عليه فاتى رجل أقام البينة انه ابنه فله أن يتبعه بما أنفق ان كان الأب موسرا فى حين النفقة لانه ممن تلزمه نفقته هذا ان تعمد الأب طرحه وان لم يكن هو طرحه فلاشئ عليه وقال مالك فى صبى ضل عن والده فانفق عليه رجل فلايتبع أباه بشئ قال أبو الحسن هذا دليل على قوله لم يتعمد طرحه كانه يقول فكذلك مسئلتك فى الذى لم يتعمد الأب طرحه انتهى وقال البساطى فى شرح قول المؤلف ورجوعه على أبيه الى آخره أى ووجب للمنفق الرجوع على أبى اللقيط اذا طرحه عمدا أما انه يرجع عليه فلان النفقة بالاصالة على الأب وطرحه لايسقطها واما انه اذا لم يطرحه أوطرحه بوجه كمن زعم انه سمع ان من طرح ابنه يعيش له الذى هو مفهوم كلام المؤلف فلان أخذ الملتقط له والحالة هذه منع من انفاق الأب عليه وهو ظاهر فيما اذا طرحه بوجه انتهى فتأمله مع كلام المدونة والله أعلم وبقى على المؤلف قيدان فى المسئلة الأول أن يكون الأب حين الانفاق موسرا وقد ذكره فى المدونة ونبه عليه فى التوضيح وتركه المصنف اعتمادا على ماقدمه فى فصل النفقة من أن نفقة الولد انما تجب على الموسر القيد الثانى أن لا يكون المنفق أنفق حسبة وهذا يدل عليه قوله بعد والقول قوله انه لم ينفق حسبة فتأمله والله أعلم ص ﴿ والقول قوله انه لم ينفق حسبة ﴾ ش يعنى اذا طرحه أبوه عمدا ولزمته نفقته فادعى على المنفق انه انما أنفق حسبة وادعى المنفق عدم الحسبة فالقول قوله قال فى الجواهر مع يمينه وقال ابن عبد السلام فيقبل قوله فى أنه أنفق ليرجع وينبغى ان يكون بيمين انتهى يظهر انه بحث من عنده وقد صرح به ابن شاس كما علمت ونبه عليه فى التوضيح (تنبيه) انظر لو اختلفا فى طرحه فادعى الملتقط ان أباه طرحه عمدا وأنكره الأب فالقول قول من أشبه منهما وكذلك لو اختلفا فى عسر الأب وقت الانفاق أو يسره والله أعلم ص ﴿ وولاؤه للمسلمين ﴾ ش قال فى الجواهر ولا يختص به الملتقط الا بتخصيص الامام انتهى وقال فيها أيضا وارش خطئه على بيت المالى وان جنى عليه فالارش له انتهى ص ﴿ كان لم يكن فيها الابيتان ان التقطه مسلم ﴾ ش قال فى تضمين الصناع من المدونة الا البيتين والثلاثة ونقله فى الجواهر فمفهومه ان لو كانوا أكثر من ذلك حكم باسلامه مطلقا سواء التقطه مسلم أو كافر وقال فى التوضيح ويفهم من تعيين المصنف يعنى ابن الحاجب هذه الصورة للخلاف انه لو كان المسلمون مساوين أو أكثر أو قريبا من التساوى ان يحمل اللقيط على الاسلام ولو التقطه مشرك انتهى ومفهوم المدونة أنه اذا كانوا أكثر من ثلاثة ولو لم يكونوا قريبا من التساوى لحكم باسلامه مطلقا كما تقدم وانظر قولهم البيتين والثلاثة لو لم يكن فيهما الا واحد

طرحه وان لم يكن هو طرحه فلاشئ عليه وقال أشهب لاشئ على الأب بحال لان المنفق محتسب * اللخمى قول ابن القاسم أبين لانه يقول لو علمت له من تلزمه نفقته لم أنفق عليه ومن المدونة قال مالك فى صبى ضل من والده فانفق عليه رجل فلا يتبع أباه بشئ قال ابن القاسم وكذلك اللقيط الذى لم يتعمد الاب طرحه لان النفقة عليه على وجه الحسبة ومن أنفق على ولد غائب وهم صغار بغير أمره أو أنفقت زوجته على نفسها فى غيبته ثم قدم فلهما أن يرجعا عليه بما أنفقا ان كان موسرا فى غيبته والا فلا ولو غاب وهو موسر فأمر الامام رجلا بالنفقة على ولده الصغير لزمه ذلك وكذلك اذا أنفق هو عليه بغير أمر الامام على وجه السلف له لاتبعه بذلك اذا حلف ان ذلك منه بمعنى السلف وكانت له على النفقة بينة وكان الاب فى حال النفقة موسرا وأنفق عليه نفقة مثله فان زاد لم يتبعه بالزائد وان كان الاب معسرا فى ذلك لم يتبعه بشئ ولو أيسر بعد عسره فـات لم يتبع بشئ (والقول له انه لم ينفق حسبة) هكذا قال ابن الحاجب قال ابن عرفة ومقتضى المدونة خلافه وقد تقدم نص المدونة وترشيح اللخمى بقوله انه يقول لو علمت له من تلزمه نفقته ما أنفقت عليه (وهو حر وولاؤه للمسلمين) من المدونة اللقيط حر قال عمر رضى الله عنه ولاؤه للمسلمين وعقله على بيت المال (وحكم باسلامه فى قرى المسلمين كان لم يكن فيها الابيتان ان التقطه مسلم

وفى قرى الشرك مشرك) من المدونة قلت من التقط لقيطا فى مدينة الاسلام أو فى قرية الشرك فى أرض أو كنيسة أو بيعة
وعليه زى أهل الذمة أو المسلمين وكيف ان كان الذى التقطه فى بعض المواضع مسلم أو ذمى ماحاله قال ان التقطه نصرانى
فى قرى أهل الاسلام ومواضعهم فهو مسلم وان كان فى قرى الشرك وأهل الذمة ومواضعهم فهو مشرك وان وجد فى قرية
ليس فيها الا اثنان أو ثلاثة من المسلمين فهو للنصارى ولا يعرض لهم الا ان يلتقطه هنالك مسلم فيجعله على دينه وقال ابن الحاجب
يحكم باسلام اللقيط فى قرى الاسلام ومواضعهم فان كان فى قرى الشرك فشرك وقال أشهب الا أن يلتقطه مسلم فان لم يكن فيها
غير بيتين من المسلمين فشرك الا أن يلتقطه مسلم وقال أشهب يحكم باسلامه كحريته للاحتمال (ولم يلحق بملتقطه ولا غيره الا ببينة
أو بوجه) من المدونة قال مالك من التقط لقيطا فأتى رجل فادّعى انه ولده لم يصدق ولم يلحق به الا ان يكون لدعواه وجه كرجل
عرف انه لا يعيش له ولد فزعم انه رماه لقول الناس اذا طرح عاش ونحوه مما يدل على صدقه فانه يلحق به والا لم يصدق الا ببينة
قيل لابن القاسم فان صدقه الملتقط قال أراه شاهدا ولا تجوز شهادة واحد مع اليمين فى النسب * ابن يونس خالف ابن القاسم أصله
فى الاستلحاق (ولا يرده بعد أخذه الا ان يأخذه ليدفعه للحاكم فلم يقبله والموضع مطروق) * ابن عرفة قال
أشهب من التقط لقيطا
فليس له تركه ان أخذه
ليربيه وان أخذه ليرفعه
الى السلطان فلم يقبله منه
فلا ضيق عليه فى رده
لموضع أخذه وفى الموازية
من أخذ لقيطا أنفق عليه
ولعله أراد انه التزم ذلك
ولو قال لم أرد ذلك قبل
قوله زاد ابن شاس إثر
قول أشهب قال القاضى
أبو الوليد معنى ذلك عندى
أن يكون موضعا لا يخاف
عليه فيه الهلاك لكثرة
الناس فيه ويوقن أنه
سيسارع الناس الى أخذه
(وقدم الاسبق) * ابن شاس لو ازدحم اثنان على اللقيط كل منهما أهل قدم الاسبق فان استويا قدم الامام من هو أصلح للصبى فان
استويا فى ذلك أقرع بينهما (ثم الأولى) من المدونة من التقط لقيطا فكابره عليه رجل فنزعه منه فرفعه الى الامام نظر الامام الى
الصبى فأيهم كان أقوى على مؤنته وكفالته وكان مؤمنا دفعه اليه (والا فالقرعة) ابن الحاجب ان استويا أقرع بينهما * ابن عرفة
قاله الغزالى (وينبغى الاشهاد) * ابن شاس من أخذ لقيطا فليشهد عليه خوف الاسترقاق * ابن عرفة قاله الغزالى (وليس لمكاتب
ونحوه التقاط بغير اذن السيد) ابن شاس لو التقط العبد والمكاتب بغير اذن السيد انتزع من أيديهما فان الحضانة تبرع وليس
لهما ذلك فان أذن السيد فهو للملتقط * ابن عرفة قاله الغزالى وان كان مذهبنا يقتضيه لكن الحق ان لا ينقل على انه نص فيه بل على
انه مقتضاه (ونزع محكوم باسلامه من غيره) ابن عرفة فيها مع غيرها اللقيط فى قرى الاسلام مسلم ولو التقطه كافر * مطرف
وأصبغ ان التقطه نصرانى نزع منه لئلا ينصره أو يسترقه وفى كتاب ابن سحنون ان التقطت نصرانية صبية فربتها حتى بلغت
على دينها ردّت للاسلام وهى حرة ومن المدونة ان التقط كافر لقيطا ببلد الاسلام فرباه على دينه لم يترك على النصرانية الا أن
يبلغ على ذلك فيختلف فيه هل يقر عليه (وندب أخذ آبق لمن يعرف والا فلا يأخذه) من المدونة قال مالك من وجد آبقا فلا يأخذه الا أن

والظاهر ان الحكم متحد والله أعلم ص ﴿ وفى قرى الشرك مشرك ﴾ ش نحوه فى المدونة
قال أبو الحسن وسواء التقطه مسلم أو كافر انتهى وفى الذخيرة وفى قرى الكفر ومواضعهم فهو
كافر ولا يعرض له الا أن يلتقطه مسلم فيجعله على دينه انتهى فتأمله ص ﴿ وقدم الاسبق الخ ﴾
ش قال فى التوضيح وهذا مقيد بما اذا لم يؤد الى ضياعه عند الاول انتهى ونقله فى الجواهر ونصه
ولو ازدحم اثنان كل منهما أهل قدم السابق فان استويا قدم الامام من هو أصلح للصبى فان استويا
فى ذلك أقرع بينهما انتهى وقال فى تضمين الصناع من المدونة ومن التقط لقيطا فكابره عليه رجل
فنزعه منه فرافعه الى الامام نظر الامام للصبى فأيهما كان أقوى على مؤنته وكفالته وكان مأمونا دفعه
اليه انتهى قال الشيخ أبو الحسن قال أبو اسحق هو للاول الا أن يكون الثانى أكفأ منه وأحرز الشيخ
وهو معنى الكتاب وقوله مأمونا أى ان يبيعه انتهى فتأمل كلام المدونة وشارحها فانه يقتضى
تقديم الاكفأ ثم الاول فتأمله مع كلام التوضيح وانظر هل يرجح هنا بالصلاح وعدمه فيقدم غير
الفاسق على الفاسق وقد يتلمح ذلك من قول المدونة وكان مأمونا فتأمله والله أعلم ص ﴿ وليس
لمكاتب ونحوه التقاط بغير اذن السيد ﴾ ش قال فى التوضيح تبعا لابن عبد السلام لانه يشتغل
بتربيته ونفقته عن سيده وانما نص على المكاتب وانما صح لانه يتوهم انه انما أحرز نفسه وماله ان له ذلك
ووجه انه ليس له ذلك بان اللقيط يحتاج الى حضانة والحضانة تبرع وليس من أهله وانظر المرأة هل
يصح التقاطها بغير اذن زوجها فتأمله والله أعلم ص ﴿ وندب أخذ آبق لمن يعرف والا فلا يأخذه ﴾

ش قال فى التنبيهات الاباق بكسر الهمزة اسم للذهاب فى استتار وهو الهروب والأبق بالفتح وسكون الباء وفتحها أيضا اسم الفعل والمصدر والاباق بضم الهمزة وتشديد الباء جمع آبق انتهى وعبارة المؤلف هى كقوله فى المدونة ومن وجد آبقا فلا يأخذه الا أن يكون لقريبه أو جاره أو لمن يعرفه فأحب الى أن يأخذه وهو من أخذه فى سعة انتهى وقول المؤلف فلا يأخذه هو لفظ المدونة وهو على الاستحباب قال الرجراجى أما أخذ الآبق فقد قال مالك فى المدونة تركه خير من أخذه الا أن يكون لقريبه أو جاره أو لمن يعرفه فأحب الى أن يأخذه انتهى أبو الحسن قوله أو لمن يعرفه هو الضابط ولا يقال ان ذلك للقرابة انتهى ولهذا اقتصر عليه المؤلف وقيد البساطى هذا بما اذا كان فى موضع لا يخشى عليه فيه الهلاك ولم أره لغيره الا أن الشيخ أبا الحسن قال فى قوله فى المدونة وهو من أخذه فى سعة قال اللخمى أما اذا كان على الأميال اليسيرة من الموضع الذى أبق منه فلا سعة فى تركه اذا لم يخف منه الشيخ لان تركه تلف له انتهى ص ﴿فان أخذه رفعه للامام ووقف سنة ثم بيع ولا يهمل﴾ ش قال فى المدونة ومن أخذ آبقا رفعه الى الامام يوقفه سنة وينفق عليه ويكون فيما أنفق عليه كالاجنبى فان جاء صاحبه والا باعه وأخذ من ثمنه ما أنفق وحبس بقية الثمن له فى بيت المال وأمر مالك ببيع الاباق بعد السنة ولم يأمر باطلاقهم يعملون ويأكلون ولم يجعلهم كضوال الابل لانهم يأبقون ثانية انتهى فقول المؤلف رفعه الى الامام كقوله فى المدونة رفعه الى الامام أبو الحسن ظاهره انه مطلوب بذلك وان كان لا يجب عليه فالرفع الى الامام أولى وله أن يفعل هو ما يفعله الامام انتهى وقال قوله ويكون فيما أنفق عليه كالأجنبى يظهر منه أن الأجنبى يفعل فيه ما يفعله الامام ولا يجب عليه الرفع انتهى وقال الرجراجى اثر كلامه المتقدم فان أخذه فلا يخلو السلطان من أن يكون عدلا أو جائرا فان كان عدلا فهو مخير ان شاء رفعه الى الامام وان شاء عرف به ثم قال وان كان السلطان جائرا فلا ينبغى له أن يرفعه اليه ويعرفه سنة وينفق عليه ويكون حكمه فى النفقة حكم السلطان انتهى وقول المؤلف ووقف سنة ثم بيع ولا يهمل مثل قوله فى المدونة ويوقفه سنة الى قوله ولم يأمر باطلاقهم وفيه أمران أحدهما أنه يحبس سنة والثانى انه يباع بعد السنة ولا يهمل أما الاول فقال الشيخ أبو الحسن عن ابن يونس قال سحنون لا أرى أن يوقفه سنة ولكن بقدر ما يتبين أمره ثم يباع ويكتب الحاكم صفاته عنده حتى يأتى له طالب ابن يونس وهو الصواب لان النفقة عليه سنة ربما ذهبت بثمنه انتهى وفى سماع عيسى قال ابن القاسم الشأن والسنة فى الآبق أن يحبس سنة الا أن يخاف الضيعة فيباع (قلت) أرأيت اذا انقضت السنة ولم يخف ضيعة أيباع قال نعم ولا يحبس بعد السنة ابن رشد قوله ان الآبق يحبس هو مثل ما فى المدونة وقوله انه اذا خشيت الضيعة عليه بيع قبل السنة هو تفسير لما فى المدونة وقد مضى فى أول رسم من سماع أشهب انه اذا خشيت عليه الضيعة خلى سبيله ولم يبع وقد مضى القول هنالك فلا معنى لاعادته انتهى فما فى سماع عيسى تفسير لما فى المدونة وأما كلام سحنون فانه خلاف المدونة فانه لا يرى حبسه سنة أصلا قال الرجراجى قال مالك فى المدونة ولم أزل أسمع ان الآبق يحبس سنة وذلك يختلف باختلاف الأحوال وتحصيله أن العبد لا يخلو من ان يخشى عليه الضيعة فى هذا الامد أم لا فان خيف بيع قبل السنة وهى رواية عيسى عن ابن القاسم وهو تفسير لقول مالك وان لم يخش عليه هل ينتظر به سنة وهو مذهب المدونة وهو المشهور والثانى أنه لا يوقف سنة وانما يوقف بقدر ما يتبين ضرره وهو قول سحنون انتهى وأما الأمر الثانى وهو كونه يباع بعد السنة ولا يهمل فقال فى سماع

يكون لقريبه أو جاره أو لمن يعرفه فأحب الى أن يأخذه قال ابن القاسم فان لم يأخذه أيضا فهو فى سعة (فان أخذه رفع للامام ووقف سنة ثم بيع) من المدونة قال مالك من أخذ آبقا رفعه للامام فوقفه سنة وأنفق عليه ويكون فيما أنفق عليه كالاجنبى فان جاء صاحبه والا باعه وأخذ من ثمنه ما أنفق وحبس بقية الثمن له به فى بيت المال قال سحنون لا أرى أن يوقف سنة ولكن بقدر ما يتبين أمره ثم يباع ويكتب الحاكم صفته عنده حتى يأتى طالبه * ابن يونس وهذا هو الصواب (ولا يهمل) من المدونة أمر مالك ببيع الاباق بعد السنة ولم يأمر باطلاقهم يعملون ويأكلون ولم يجعلهم كضوال الابل لانهم يأبقون ثانية

أشهب انه اذا عرفه فلم يجد من يعرفه أنه يخليه خير له من أن يبيعه فيهلك ثمنه و يؤكل أو يطرح فى السجن فيقيم ولا يجد من يطعمه قال ابن رشد اما الاباق فسوى فى هذه الرواية بينهم و بين ضوال الابل فى انهم يرسلون اذا عرّفوا فلم يعرفوا وقال فى المدونة انهم يحبسون ثم يباعون فتحبس أثمانهم لاربابهم ولا يرسلون فالظاهر ان ذلك اختلاف من القول وعلى ذلك يحمله الشيوخ والاولى أن لا يحمل ذلك على الخلاف فيكون الوجه فى ذلك أنه ان خشى عليه أن يضيع فى السجن بغير نفقة وان يتلف ثمنه ان بيع كان ارساله أولى من حبسه على ماقاله فى هذه الرواية وان لم يخش عليه أن يضيع فى السجن بغير نفقة ولا يتلف ثمنه ان بيع كان حبسه سنة ثم بيعه بعد السنة وامساك ثمنه أولى من ارساله وموضع الخلاف عند من حمله على الخلاف انما هو اذا خشى عليه أن يضيع فى السجن وان يتلف ثمنه اذا بيع فمرة رأى أن ارساله أولى لئلا يضيع أو يتلف ثمنه ومرة رأى ان حبسه و بيعه وامساك ثمنه أولى لئلا يأبق ثانية والاختلاف انما هو بحسب الاجتهاد أى الخوفين أشد وأما ان لم يخش عليه أن يضيع فى السجن ولا ان يتلف ثمنه اذا بيع فلا يرسل لئلا يأبق قولا واحدا ولو لم يخش عليه ان يضيع فى السجن وخشى على ثمنه أن يضيع لوجب أن يسجن سنة يعرّف فيها ثم يسرح ولا يحبس أكثر منها التى هى حد تعريف اللقطة ولو لم يخش على ثمنه ضياع وخشى عليه ان سجن لوجب عليه أن يباع و يوقف ثمنه ولا يسجن انتهى فتأمله والله أعلم ص ﴿وأخذ نفقته﴾ ش فاعل أخذ ضمير عائد على المنفق المفهوم من السياق سواء كان الامام أوغيره والله أعلم ص ﴿ومضى بيعه وان قال ربه كنت أعتقته﴾ ش قال فى المدونة واذا جاء رب الآبق بعد أن باعه الامام بعد السنة والعبد قائم فليس له الا الثمن ولا يرد البيع ولو قال ربه كنت أعتقته أو دبرته بعد ما أبق أوقبل أن يأبق لم يقبل قوله على نقض البيع إلا ببينة انتهى أبو الحسن قوله بعد السنة الشيخ وكذلك اذا باعه قبل السنة لما رأى من وجه المصلحة وأما على قول سحنون الذى يقول لا يوقف سنة فلا إشكال انتهى وقال الرجراجى أما العتق والتدبير وسائر عقود العتق غير الايلاد فلا يقبل قوله فى نقض العتق الا ببينة عادلة انتهى (تنبيه) قال فى المدونة اثر الكلام السابق ولو كانت أمة فباعها الامام بعد السنة ثم جاء سيدها فقال قد كانت ولدت منى وولدها قائم فانها ترد اليه ان كان ممن لا يتهم وقاله مالك فيمن باع جارية له و ولدها ثم استلحق الولد انه اذا كان ممن لا يتهم على مثلها ردت اليه ولو قال كنت أعتقتها لم يصدق ولم ترد اليه إلا ببينة قيل فان لم يكن معها ولد فقال بعد ما باعها كانت ولدت منى قال أرى أن ترد اليه ان لم يتهم فيها انتهى وقال الرجراجى اثر كلامه المتقدم فان ادعى أنها ولدت منه فلا يخلو من أن يكون معها ولد أم لا فان كان معها ولد فهل ترد اليه أم لا على قولين منصوصين فى المدونة أحدهما أنها ترد اليه سواء اتهم أولم يتهم وهو قول أشهب والثانى انها ترد اليه ان لم يتهم وان اتهم فيها لم ترد اليه وهو قول ابن القاسم فان لم يكن معها ولد فان اتهم فيها لم ترد اليه قولا واحدا وان لم يتهم فهل ترد اليه أم لا المذهب على قولين قائمين من المدونة أحدهما أنها لا ترد اليه وهى رواية أكثر الأندلسيين وهى رواية ابن اللباد والثانى انها ترد اليه وهى رواية أكثر القرويين وعليه اقتصر الشيخ أبو محمد وابن أبى زمنين والبرادعى وحكاها ابن حبيب عن ابن القاسم انتهى (فائدة) قال عبد الحق انما قال فى العتق لا يصدق وفى الاستيلاد يصدق ان لم يتهم فيها من أجل أن العتق سبيله أن يتوثق فيه و يشهد هذه عادة الناس فلما لم يثبت ذلك اتهم وولادة الأمة ليس شأن الناس فيه الاشهاد والاشهار له فاذا انتفت التهمة صدق انتهى وقوله فى المدونة يتهم قال عياض

(وأخذ نفقته) تقدم نص المدونة أخذ من ثمنه ما أنفق (ومضى بيعه وان قال ربه كنت أعتقته) من المدونة قال مالك اذا جاء رب الآبق بعد أن باعه الامام بعد السنة والعبد قائم فليس له الا الثمن ولا يرد البيع لان الامام باعه و بيعه جائز ولو قال ربه كنت أعتقته أو دبرته بعد ان أبق أوقبل أن يأبق لم يقبل قوله على نقض البيع الا ببينة

(وله عتقه وهبتـه لغير ثواب وتقام عليه الحدود) من المدونة يجوز لسيد الآبق عتقه وتدبيره وهبته لغير ثواب ولا يجوز له بيعه ولا هبته لثواب واذا زنا الآبق أو سرق أو قذف أقيم عليه الحـدود فى ذلك كله (وضمنه ان أرسله لا لخوف منه) من المدونة قال مالك من أخذ آبقا فأبق منه فلا شئ عليه وان أرسله بعد أخذه ضمنه قال ابن عبد الحكم ولو خلاه بعد أن أخذه لعذر خاف أن يقتله أو يضر به فلا شئ عليـه وان أرسله لشدة النفقة فهو ضامن (كمن استأجره فيما يعطب فيـه) قال ابن القاسم من استأجر آبقا فعطب فى عمله ولم يعلم انه آبق ضمنه لربه وقال مالك فيمن آجر عبدا على تبليـغ كتاب الى بلد ولم يعلم انه عبد فعطب فى الطريق انه يضمنه (لا ان أبق منه) تقدم نص المدونة من أخذ آبقا فأبق منه فلا شئ عليه (وان مرتهنا وحلف) من المدونة اذا أبق العبد الرهن لم يضمنه المرتهـن فى اباق وصدقه ولا يحلف وكان على حقه وفى رواية الدباغ يحلف (واستحقـه سيده بشاهد ويمين) من المدونة قال مالك من اعترف آبقا عند السلطان أشهد شاهدا حلف معه وأخـذ العبد (وأخذه ان لم تـكن الادعواه ان صدقه) من المدونة ان ادعى ان هـذا الابن عبده ولم تقم بينة فان صدقه العبد دفع اليه يريد بعد التلوم وتضمينه اياه قال مالك فى متـاع وجـد مع لصوص يدعيه قـوم ولا يعرف ذلك الا بقولهم ان الامام يتـلوم فيه فان لم يأت سواهم دفعه اليهم وكذلك الآبق قال أشهب لان هذا أكثر ما يوجد (وليرفع للامام اذا لم يعرف مستحقه ان لم يخف ظلمه) من المدونة والآبق اذا اعترفه ربه فى يدك ولم تعرفه فأرى أن تدفعـه الى الامام ان لم تخف ظلمـه (وان أتى رجـل بكتاب قاض انه قد شهد عندى ان صاحب كتابى هذا فلان هرب منه عبده ووصفه فليدفع اليه بذلك) من المدونة قال ابن القاسم وان أتى رجل الى قاض بكتاب من قاض يذكر فيه انه قد شهد عندى قوم ان فلانا صاحب كتاب اليك قد هرب منه عبد صفته كذا فحلاه ووصفه فى الـكتاب وعند هذا القاضى آبق محبوس على هذه الصفة فليقبل كتاب القاضى والبينة التى شهدت فيه على الصفة ويدفع اليه العبد

يعنى بصبابة اليها انتهى من أبى الحسن والله أعلم ص ﴿ وله عتقه وهبته لغير ثواب ﴾ ش أبو الحسن وجميع المعروف فيه جائز ابن يونس وهو لازم وكذلك عتقه الى أجـل فان جعل الأجل من يوم أبق ثم لم يقدر عليه حتى انقضى الأجل كان حرا انتهى ص ﴿ إلا لخوف منـه ﴾ ش قال الرجراجى فان أرسله لعذر كما اذا خاف منه أن يقتله أو يضر به أو يذهب بحوائج بيتـه ونحو ذلك فقد قال ابن عبد الحكم لا ضمان عليه وينبغى أن لا يختلف فيما قاله اذا غلب على الظن الخوف بما ظهر من ظواهر حال العبد ثم قال وليس شدة النفقة بعذر مسقط عنـه الضمان قاله ابن عبد الحكم انتهى والظاهر أن هذا اذا لم يكن رفعه الى الامام والا فلا يرسله وليرفعه الى الامام فتأمله ص ﴿ لا ان أبق منه وان مرتهنا وحلف ﴾ ش يعنى ان العبد اذا أبق من الذى هو فى يده فلا ضمان عليـه ثم بالغ فقال وان كان الذى هو فى يده أخذه من ربه على جهة الرهن لـكن يحلف فقوله وحلف راجع الى مسئلة الرهن لانه اذا أبق منه قال الرجراجى فلا يخلو من أن يهرب من الدار أو يرسله الى بعض حوائجه فان أبق من داره فان ظهر ذلك واشتهر قبل قوله بلا يمين قولا واحدا كان ممن يتهم أم لا فان لم يكن الا دعواه هل يحلف أم لا المذهب على ثلاثة أقوال أحدها أنه لا يمين عليه وهو ظاهر المدونة والثانى انه يحلف لقد انفلت منـه من غير تفريط وهو قول ابن الماجشون والثالث ان كان من أهل التهمة حلف والا فلا وان أرسله فى حاجة خفيفة فلا ضمان عليه وان أرسله فى حاجة يأبق فى مثلها فهو ضامن وهو قول أشهب فى كتابه انتهى واقتصر ابن يونس على الثانى فانظره فيـه ص ﴿ وأخذه ان لم يكن الا دعواه ان صدقه ﴾ ش نحو هذا قوله فى المدونة وان ادعى ان هذا الآبق عبده ولم يقم بينة فان صدقه العبد دفع اليه ابن يونس يريد بعـد التلوم ويضمنه إياه قال أشهب فى كتابه بعد أن يحلف مدعيه ثم ان جاء له طالب لم يأخذه الا ببينة عادلة وان أقر له العبـد بمثل ما أقر للأول من الرق انتهى (تنبيه) قال الرجراجى فان ادّعاه يعنى الآبق أحد بغير بينة يقيمها فلا يخلو العبد من أن يقر له أم لا فان أقر له أخـذه بعد الاستيناء قولا واحـدا وان لم يقر له بالملك فعلى قولين أحدهما أن يدفع اليه بعد الاستيناء كما لو اعترف به ويضمنه وهو قول ابن القاسم فى المدونة وغـيرها والثانى لا يدفع له وهو قول أشهب انتهى واعلم أن ابن القاسم انما قال يدفع اليه وان لم يقر له اذا وصفه ولم يعترف لغيره بالرق ونصه بعد مسئلة كتاب القاضى الى القاضى فان ادعى العبد ووصـفه ولم يقم البينة عليه فأرى أنه مثل المتاع ينظر فيه الامام ويتلوم له فان جاء أحد يطلبه والا دفعه اليه وضمنه إياه قيل ولا يلتفت ههنا الى العبد ان أنـكر ان هذا مولاه الا أنه مقر انه عبد لفلان ببلد آخر قال يكتب

السلطان الى ذلك الموضع و ينظر فى قول العبد فان كان كما قال والا ضمنه هذا وسلمه اليه كالأمتعة انتهى قال الشيخ أبو الحسن قال اللخمى ان اعترف الآبق لأحد بالرق كان لمن اعترف له دون من وصفه قولا واحدا فان اعترف لغائب كتب اليه فان ادّعاه كان أحق به واختلف اذا أنكر العبد هذا المدعى ولم يقر لغيره وهو مقر بالعبودية أو قال أنا حر وهو معروف بالرق هل يكون لمن ادّعاه فاما بالصفة فأرى أن يدفع اليه اذا وصفه صفة تخفى وليست ظاهرة انتهى (قلت) فمفهوم الشرط فى قول المؤلف ان صدقه ليس على اطلاقه بل وكذلك يدفع اليه وان لم يصدقه اذا وصفه ولم يقر لغيره أو أقر وأكذبه الغير فتأمله والله أعلم

﴿ باب القضاء ﴾

﴿ أهل القضاء عدل ﴾ ش هذا الباب يترجم بكتاب القضاء وكتاب الأقضية والأقضية جمع قضاء بالمد قال فى القاموس و يقصر يطلق فى اللغة على الحكم ومنه قوله تعالى وقضى ربك أن لا تعبدوا إلا إياه أى حكم و يطلق على الأمر والايجاب قال النووى قال الواحدى قال عامة المفسرين وأهل اللغة قضى هنا بمعنى أمر وقال غيره بمعنى أوجب وقيل وصى و بها قرأ علىّ وابن مسعود وروى عن ابن عباس انه قال التصقت احدى الواوين بالصاد فصارت قافا انتهى و يطلق على الالزام كما فى قوله تعالى فلما قضينا عليه الموت أى حتمناه وألزمناه به وهذه المعانى متقاربة و يطلق القضاء على الفراغ من الشئ كقولهم قضيت حاجتى وضربه فقضى عليه أى قتله كأنه فرغ منه وسم قاض أى قاتل وقضى نحبه أى مات وفرغ من الدنيا وأصل النحب النذر واستعير للموت لانه كنذر لازم فى رقبة كل حيوان قال فى الصحاح وقد يكون القضاء بمعنى الأداء والانهاء تقول قضيت دينى ومنه قوله تعالى وقضينا الى بنى اسرائيل فى الكتاب وقوله تعالى وقضينا اليه ذلك الأمر أى أنهيناه اليه وأبلغناه ذلك وقال القرافى فى قوله تعالى ثم اقضوا الىّ أى امضوا الىّ وقد يكون القضاء بمعنى الصنع والتقدير ومنه قوله سبحانه فقضاهنّ سبع سموات فى يومين ومنه القضاء والقدر و يقال استقضى فلان اذا صير قاضيا وقضى الأمير قاضيا كما تقول أمر أميرا وانقضى الشئ وتقضى بمعنى واقتضى بدينه وتقاضاه بمعنى انتهى وقال الأزهرى القضاء فى اللغة على وجوه مرجعها الى انقضاء الشئ وتمامه انتهى هذا معناه من حيث اللغة وأما معناه عند أهل الشرع فقال ابن رشد وتبعه ابن فرحون حقيقة القضاء الاخبار عن حكم شرعى على سبيل الالزام وقال ابن عرفة القضاء صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعى ولو بتعديل أو تجريح لا فى عموم مصالح المسلمين فيخرج التحكيم وولاية الشرطة وأخواتها والامامة وقول بعضهم هو الفصل بين الخصمين واضح قصوره انتهى (قلت) واعلم أن القضاء فى اصطلاح الفقهاء يطلق على الصفة المذكورة كما فى قولهم ولى القضاء أى حصلت له الصفة المذكورة و يطلق على الاخبار المذكور كما فى قولهم قضى القاضى بكذا وقولهم قضاء القاضى حق أو باطل غير أن فى تعريف ابن رشد مسامحة من وجوه (الاول) ذكر لفظ الاخبار فانه يوهم ان المراد به الاخبار المحتمل للصدق والكذب المقابل للانشاء وليس ذلك بمراد وانما المراد به أمر القاضى بحكم شرعى على طريق الالزام (الثانى) انه يدخل فيه حكم الحكمين فى جزاء الصيد وفى شقاق الزوجين وحكم المحكم فى التحكيم ومنها انه يدخل فيه حكم المحتسب والوالى وغيرهما من أهل الولايات الشرعية اذا حكموا بالوجه الشرعى

قال ابن شاس

﴿ كتاب الأقضية ﴾

وفيه ثلاثة أبواب * الاول فى التولية والعزل * الباب الثانى فى جامع آداب القضاء * الثالث فى القضاء على الغائب و يتعلق بالدعوى والمدعى والحاكم الى قاض آخر والمحكوم به والمحكوم عليه (أهل القضاء عدل

وقول ابن عرفة ان التحكيم يخرج من تعريفه لم يظهر لى وجه خروجه فان المحكم لا يحكم ابتداء الا فى الاموال وما يتعلق بها وما فى معناها مما لا يتعلق بغير الحكمين ولا يحكم فى القصاص واللعان والطلاق والعتاق لتعلق الحق فى ذلك بغيرهما قالوا فان حكم فيها بغير جور نفذ حكمه والظاهر أن التعديل والتجريح كذلك فتأمله والله أعلم (فائدة) قال ابن عرفة حال الفقيه من حيث هو فقيه كحال عالم بكبرى قياس الشكل الاول فقط وحال القاضى والمفتى كحال عالم بها مع علمه بصغراه ولا خفاء ان العلم بهما أشق وأخص من العلم بالكبرى فقط وأيضا فان فقه القضاء والفتيا مبنيان على اعمال النظر فى الصور الجزئية وادراك ما اشتملت عليه من الاوصاف الكائنة فيها فيلغى طردها ويعمل معتبرها انتهى وأصله لابن عبد السلام ونقله فى التوضيح قال ابن عبد السلام وعلم القضاء وان كان أحد أنواع علم الفقه ولكنه متميز بأمور لا يحسنها كل الفقهاء وربما كان بعض الناس عارفا بفصل القضاء وان لم يكن له باع فى غير ذلك من أبواب الفقه كما أن علم الفرائض كذلك وكما أن علم التصريف من علم العربية وأكثر أهل زماننا لا يحسنونه وقد يحسنه من هو دونهم فى بقية العربية ولا غرابة فى امتياز علم القضاء عن غيره من أنواع الفقه وانما الغرابة فى استعمال كليات علم الفقه وانطباقها على جزئيات الوقائع بين الناس وهو عسير على كثير من الناس فتجد الرجل يحفظ كثيرا من العلم ويفهم ويعلم غيره فاذا سئل عن واقعة ببعض العوام من مسائل الصلاة أو من مسائل الايمان لا يحسن الجواب بل لا يفهم مراد السائل عنها الا بعد عسر وللشيوخ فى ذلك حكايات نبه ابن سهل فى أول كتابه على بعضها انتهى ومنها ما قال البساطى فى شرح قول المؤلف فطن وبعصرنا الآن شخص يتعاطى الدقة فى العلم وينهى عن جزئية فيتجنبها بشخصها ثم يقع فى أخرى مثلها فاذا قيل له هذه مثل تلك تجنبها ويقع فى ثالثة وعلى ذلك انتهى واعلم أن صفات القاضى المطلوبة فيه على ثلاثة أقسام (الاول) شرط فى صحة التولية وعدمه يوجب الفسخ (والثانى) ما يقتضى عدمه الفسخ وان لم يكن شرطا فى صحة التولية (الثالث) مستحب وليس بشرط فأشار المؤلف الى الاول بقوله أهل القضاء عدل الى قوله والا فأمثل مقلد والى الثانى بقوله ونفذ حكم أعمى الى قوله ووجب عزله والى الثالث بقوله كورع الى آخره والله أعلم وشمل قوله عدل الحر المسلم العاقل البالغ بلا فسق كما سيذكره فى باب الشهادة قال القرطبى فى شرح مسلم فى كتاب الامارة وقد نص أصحاب مالك على ان القاضى لا بد أن يكون حرا وأمير الجيش والحرب فى معناه فانها مناصب دينية يتعلق بها تنفيذ أحكام شرعية فلا يصلح لها العبد لانه ناقص بالرق محجور عليه لا يستقل بنفسه ومسلوب أهلية الشهادة والتنفيذ ولا يصلح للقضاء ولا للامارة وأظن جمهور علماء المسلمين على ذلك انتهى والظاهر من كلام المؤلف جواز ولاية المعتق قال ابن عرفة وهو المعروف وعزاه ابن عبد السلام للجمهور قالا ومنعه سحنون خوفا من استحقاقه فيجب رده الى الرق ويفضى ذلك الى رد أحكامه والله أعلم وظاهر كلامه أيضا ان ولاية الفاسق لا تصح ولا ينفذ حكمه وافق الحق أم لم يوافقه وهو المشهور كما صرح به فى توضيحه وقاله فى التنبيهات ونقله ابن فرحون وغيره وقال أصبغ الفسق موجب للعزل ولا يجوز أن يولى الفاسق ويمضى من أحكامه ما وافق الحق انتهى من التوضيح بالمعنى وقال فى العمدة وهل ينعزل بفسقه أم يجب عزله قولان انتهى ص ﴿ ذكر ﴾ ش قال فى التوضيح وروى ابن أبى مريم عن ابن القاسم جواز ولاية المرأة قال ابن عرفة قال ابن زرقون أظنه فيما تجوز فيه شهادتها قال ابن عبد السلام لا حاجة لهذا التأويل لاحتمال أن يكون ابن القاسم

ذكر) ابن رشد القضاء خصال مشترطة فى صحة الولاية وهى أن يكون ذكرا حرا مسلما بالغا عاقلا واحدا فهذه ستة خصال لا يصح أن يولى القضاء الا من اجتمعت فيه فأولى من لم تجتمع فيه لم تنعقد له الولاية وان انخرم شئ منها بعد انعقاد الولاية سقطت الولاية * ابن رشد من هذه الشروط أيضا العدالة على المشهور من المذهب ان ما مضى من أحكام الفاسق مردودة قال مالك لا أرى الخصال تجتمع اليوم فى أحد فان اجتمع فيه خصلتان العلم والورع رأيت أن يولى قال ابن حبيب ان لم يكن ورعا عالما فورع عاقل فبالعقل يسئل وبالورع يقف وأحضر الرشيد رجلا ليوليه فقال لا أحسن القضاء ولا أنا فقيه فقال الرشيد ان فيك ثلاث خصال لك شرف والشرف يمنع صاحبه من الدناآت ولك حلم والحلم يمنع صاحبه من العجلة ومن لم يعجل قل خطؤه وأنت رجل تشاور فى أمورك ومن شاور كثر صوابه وأما الفقه فتضم اليك من يفقه اه من الطرطوشى

(فطن) ابن عرفة عدّ ابن الحاجب من هذا القسم كون القاضي فطنا وهو ظاهر كلام الطرطوشي لا يكتفي بالعقل التكليفي بل لابد أن يكون بين الفطنة بعيدا من الغفلة وعدّه ابن شاس وابن رشد من الصفات المستحبة غير الواجبة والحق ان مطلق الفطنة المانع من كثرة التغفل من القسم الاول أو الفطنة الموجبة للشهرة بها غير النادرة ينبغي كونها من الصفات المستحبة فعلى هذا طريقة ابن رشد أنسب لان فطنا من ابنية المبالغة كحذر والمبالغة فيها مستحبة لا لازمة فطنت الشئ ورجل فطن وفطن من الصحاح فأتى بصيغة الفاعل على فعل وفعل منها فهمت الشئ وفلان فهم الشئ (مجتهد ان وجد) الباجي لاخلاف في اعتبار كون القاضي عالما مع وجوده والذي يحتاج اليه من العلم أن يكون مجتهدا * عياض والمازري وابن العربي يشترط كونه عالما مجتهدا أو مقلدا ان فقد المجتهد كشرط كونه حرا مسلما * المازري وزماننا عار من الاجتهاد في اقليم المغرب فضلا عن قضاته * ابن عبد السلام مواد الاجتهاد في زماننا أيسر منها في زمن المتقدمين لو أراد الله بنا الهداية (والا فأمثل مقلد) * ابن الحاجب ان لم يكن مجتهد فقلد * ابن عبد السلام ينبغي أن يختار اعلم المقلدين وهل يلزم المقلد الاقتصار على قول امامه أم لا الاصل عدم اللزوم ولان المتقدمين لم يكونوا يحجرون على العوام اتباع عالم واحد ولا يأمرون من سأل واحدا منهم عن مسئلة أن لا يسئل غيره لكن الاولى في حق القاضي لزوم طريقة واحدة وانه فطن قلد اماما لا يعدل عنه لغيره لان ذلك يؤدي لتهمته بالميل وللماجاء من النهي عن الحكم في قضية بحكمين مختلفين (وزيد للامام الاعظم قرشي) موضوع هذا الفرع في كتب أصول الدين انظره آخر مسئلتين من اللمع والارشاد لابي المعالي وانظر حكم المتغلبين في آخر ترجمة من تراجم كتاب الجهاد من ابن يونس وانظر في كتاب الجهاد من الاكمال وانظر منهاج المحدثين للنووي عند تكلمه على قوله عليه السلام ولو كان عبدا وانظر القبس عند تكلمه على حديث بايعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم على السمع والطاعة وقال ابن يونس مانصه قال أبو محمد كل من ولى أمر المسلمين عن رضا أو غلبة فاشتدت وطأته من بر وفاجر فلا يخرج عليه جار أو عدل ويغزى معه العدو ويحج البيت وتدفع اليه

قال كقول الحسن والطبري باجازة ولايتها القضاء مطلقا (قلت) الأظهر قول ابن زرقون لان ابن عبد السلام قال في الرد على من شذ من المتكلمين وقال الفسق لا ينافي القضاء مانصه وهذا ضعيف جدا لان العدالة شرط في قبول الشهادة والقضاء أعظم حرمة منها (قلت) فجعل ماهو مناف للشهادة مناف للقضاء فكما أن النكاح والطلاق والعتق والحدود لا تقبل فيها شهادتها فكذلك لا يصح فيها قضاؤها انتهى ص ﴿ فطن ﴾ ش قال ابن عبد السلام والمراد من الفطانة بحيث لا يستزل في رأيه ولا تتمشى عليه حيل الشهود وأكثر الخصوم انتهى قال في التوضيح وهذا الشرط لم يقع في كل نسخ ابن الحاجب وكلام الطرطوشي يدل على اشتراطه انتهى وجعل ابن رشد في المقدمات الفطنة من الصفات المستحبة فقال وأن يكون فطنا غير مخدوع لعقله انتهى وكذا جعله ابن فرحون من الصفات المستحبة وقال ابن عرفة وعد ابن الحاجب كونه فطنا من القسم الاول وهو ظاهر كلام الطرطوشي لا يكتفي بالعقل التكليفي بل لابد أن يكون بين الفطنة بعيدا من الغفلة وعده ابن رشد وابن شاس من الصفات المستحبة غير الواجبة والحق أن مطلق الفطنة المانع من كثرة التغفل من القسم الاول والفطنة الموجبة للشهرة بها غير النادرة ينبغي كونها من الصفات المستحبة فعلى هذا طريقة ابن رشد أنسب لان فطنا من أبنية المبالغة كحذر والمبالغة فيها مستحبة انتهى فلو قال المؤلف ذا فطنة لكان أحسن والله أعلم (لطيفة) قال المشذالي في حاشية المدونة روى أن عمر بن عبد العزيز كتب الى عامله بالبصرة عدي بن أرطاة أن اجمع بين اياس بن معاوية والقاسم بن ربيعة فول القضاء أنفذهما فجمع عدي بينهما وقال لهما ماعهد به عمر اليه فقال له إياس سل عني وعن القاسم فقيهي البصرة الحسن وابن سيرين وكان القاسم يأتي الحسن وابن سيرين واياس لا يأتيهما فعلم القاسم أنه ان سألهما أشارا به فقال له القاسم لا تسأل عني ولا عنه فوالله الذي لا اله الا هو ان اياسا أفقه مني وأعلم بالقضاء فان كنت كاذبا فما عليك أن توليني وأنا كاذب وان كنت صادقا فينبغي لك أن تقبل قولي فقال له اياس انك جئت برجل وأوقفته على شفا جهنم فنجى نفسه منها بيمين كاذبة فيستغفر الله منها وينجو مما يخاف فقال له عدي أما انك اذ فهمتها فأنت لها فاستقضاه انتهى ص ﴿ مجتهد ان وجد والا فأمثل مقلد ﴾ ش يشير الى أن القاضي يشترط فيه أن يكون عالما وجعل ابن رشد العلم من الصفات المستحبة وقال ابن عبد السلام والمشهور أنه من القسم الاول انتهى وكذا عده صاحب الجواهر والقرافي من القسم الاول وعليه عامة أهل المذهب وعليه

فلا تصح تولية الجاهل ويجب عزله وأحكامه مردودة ماوافق الحق منها ومالم يوافقه وسيصرح المؤلف بأنها مردودة مالم يشاور والله أعلم ثم انه اذا وجد مجتهد وجب توليته ولا يجوز لغيره أن يتولى قال فى الذخيرة عن ابن العربى ونقله ابن فرحون فان تقلد مع وجود المجتهد فهو متعد جائر انتهى فظاهر كلام ابن العربى أن الاجتهاد اذا وجد ليس بشرط لا كما تعطيه عبارة المؤلف من أنه شرط يقتضى عدم صحة التولية بل الشرط العلم وأما الاجتهاد اذا وجد فلا يجوز العدول عن صاحبه فقط فتأمله وقال ابن عرفة وجعل ابن مرزوق كونه عالما من القسم المستحب وكذا ابن رشد الا انه عبر عنه بأن يكون عالما يسوغ له الاجتهاد وقال عياض وابن العربى والمازرى يشترط كونه عالما مجتهدا أومقلدا ان فقد المجتهد كشرط كونه مسلما حرا ثم قال ابن العربى قبول المقلد الولاية مع وجود المجتهد جور وتعد ومع عدم المجتهد جائز ثم قال ففى صحة تولية المقلد مع وجود المجتهد قولان لابن زرقون مع ابن رشد وعياض مع ابن العربى والمازرى قائلا هو محكى أئمتنا عن المذهب ومع فقده جائز ومع وجود المجتهد أو لا اتفاقا فيهما انتهى وانظر كيف عزا لابن العربى عدم صحة ولاية المقلد مع وجود المجتهد مع أنه نقل قبل هذا قوله قبول المقلد الولاية مع وجود المجتهد جور وتعد الا أن يكون فهم من قوله جور وتعد أنها لا تصح فيصح كلامه الا أن الذى يتبادر للفهم من قوله جور وتعد أنها تصح الا انه متعد فقط وعلى مافهمه ابن عرفة فيسقط الاعتراض السابق على المؤلف ولعل المؤلف فهمه على ذلك فعلم من هذا أن كلام المؤلف ماش على ماعزاه ابن عرفة لعياض والمازرى وابن العربى والله أعلم وقول المؤلف أمثل مقلد يشير به الى قول ابن عبد السلام فى قول ابن الحاجب فان لم يوجد مجتهد فمقلد الا انه ينبغى ان يختار اعلم المقلدين ممن له فقه نفس وقدرة على الترجيح بين أقاويل أهل مذهبه ويعلم منه ماهو أجرى على أصل أمامه مما ليس كذلك وأما ان لم يكن بهذه المرتبة فيظهر من كلام الشيوخ اختلاف بينهم هل يجوز توليته القضاء أولا وهذه المسئلة مفرعة على جواز تقليد الميت انتهى قال ابن عرفة اثر نقله كلام ابن عبد السلام هذا قلت قوله اختلاف فى جواز توليته ان أراد مع وجود ذى الرتبة الاولى فصحيح وان أراد مع فقده فظاهر أقوالهم صحة توليته خوف تعطيل الحكم بين الناس دون خلاف فى ذلك انتهى وقال ابن عبد السلام على جواز تقليد الميت نقل ابن عرفة عن أهل الأصول انعقاد الاجماع على جواز تقليد الميت وسيأتى بعد هذا وكلام القرافى فى أول الباب الثانى من كتاب القضاء يؤذن بصحة ولاية هذا الذى قال ابن عبد السلام ان فيه اختلافا فراجعه والله أعلم (تنبيهات * الاول) قول المؤلف مجتهد ان وجد قال البساطى يقتضى انه ممكن فان عنى به أنه مجتهد فى مذهب مالك فقد يدعى انه ممكن وان أراد المجتهد فى الأدلة فهذا غير ممكن وقول بعض الناس ان المازرى وصل الى رتبة الاجتهاد كلام غير محقق لان الاجتهاد مبدؤه صحة الحديث عنده وهو غير ممكن ولا بد فيه من التقليد وقول الشيخ محيى الدين النووى انه ممكن كالكلام المتقدم انتهى وتأمل كلامه هذا فانه يقتضى ان الاجتهاد غير ممكن والخلاف بين علماء الأصول انما هو هل يمكن خلو الزمان عن مجتهد أم لا وكلام ابن عبد السلام يشهد لامكانه لقوله وما أظنه انقطع بجهة المشرق فقد كان منهم من ينسب الى ذلك ممن هو فى حياة أشياخنا وأشياخ أشياخنا ومواد الاجتهاد فى زماننا أيسر منها فى زمان المتقدمين لو أراد الله بنا الهداية ولكن لابد من قبض العلم بقبض العلماء كما أخبر به الصادق صلوات الله عليه انتهى ونحوه فى التوضيح وزاد لان الأحاديث والتفاسير قد دونت وكان الرجل يرحل فى سماع الحديث الواحد فان

الصدقة وهى مجزئة اذا طلبوها وتصلى خلفه الجمعة قال كان عبدالله بن عمر يدفع زكاة ماله الى كل من غلب على المدينة وقد صلى خلف الحجاج

قيل يحتاج المجتهد الى أن يكون عالما بمواضع الاجماع والخلاف وهو متعذر فى زماننا لكثرة المذاهب وتشعبها قيل يكفيه أن يعلم أن المسئلة ليست مجمعا عليها لان المقصود ان يحترز من مخالفة الاجماع وذلك ممكن انتهى وقول البساطى لابد فى صحة الحديث من التقليد لا يلزم منه عدم امكان المجتهد لان التقليد فى صحة الحديث لا يقدح فى الاجتهاد فتأمله والله أعلم وقال ابن عرفة وما أشار اليه ابن عبد السلام من يسر الاجتهاد هو ما سمعته يحكيه عن بعض الأشياخ ان قراءة مثل هذه الجزولية والمعالم الفقهية والاطلاع على أحاديث الأحكام الكبرى لعبد الحق ونحو ذلك يكفى فى تحصيل أدلة الاجتهاد يريد مع يسر الاطلاع على فهم مشكل اللغة بمختصر العين والصحاح للجوهرى ونحو ذلك من غريب الحديث ولا سيما مع نظر ابن القطان وتحقيقه أحاديث الأحكام وبلوغ درجة الامامة أو ما قاربها فى العلوم المذكورة غير مشترط الاجتهاد اجماعا وقال الفخر فى المحصول وتبعه السراج فى تحصيله والتاج فى حاصله فى كتاب الاجماع ما نصه ولو بقى من المجتهدين والعياذ بالله واحد كان قوله حجة فاستعاذتهم تدل على بقاء الاجتهاد فى عصرهم او الفخر توفى سنة ست وستمائة ولكن قالوا فى كتاب الاستغناء انعقد الاجماع فى زماننا على تقليد الميت اذ لا مجتهد فيه انتهى (الثانى) بقى على المؤلف شرط آخر وهو أن يكون القاضى واحدا نص عليه فى المقدمات ونصه فاما الخصال المشترطة فى صحة الولاية فهى أن يكون حراما سلما عاقلا بالغا ذكرا واحدا فهذه الست الخصال لا يصلح أن يولى القضاء على مذهبنا الا من اجتمعت فيه فان ولى من لم تجتمع فيه لم تنعقد له الولاية وان انخرم شئ منها بعد انعقاد الولاية سقطت الولاية انتهى ثم ذكر العدالة وقال انه من هذا القسم على المشهور وانما أخرها لان فيه خلافا وأما العلم والفطنة فعدهما من الصفات المستحبة كما تقدم وممن نقل هذا الشرط ابن شاس والقرافى واستوفى ابن غازى الكلام عليه عند قول المؤلف وجاز تعدد مستقل والله أعلم (الثالث) قال فى المقدمات يجب أن لا يولى القضاء من أراده وطلبه وان اجتمعت فيه شرائط القضاء مخافة أن يوكل اليه فلا يقوم به انتهى ويريد الا أن يتعين عليه فيجب عليه حينئذ السؤال وهذا فى السؤال بغير بذل مال فكيف مع بذل المال نسأل الله العافية والسلامة والظاهر انه اذا طلب فولى لا يجب عزله اذا كان جامعا لشروط القضاء والله أعلم فهذه المسئلة مع مسئلة تولية المقلد مع وجود المجتهد قسم رابع فانه لا تجوز التولية أولا فاذا ولى لا ينعزل وقال القرطبى فى شرح قوله صلى الله عليه وسلم لا تسئل الامارة هو نهى وظاهره التحريم وعليه يدل قوله بعد انا لا نولى على عملنا من أراده انتهى والله أعلم (الرابع) قال البرزلى فى مسائل الأقضية عن السيورى اذا تجرح الناس لعدم القضاة أو لكونهم غير عدول فجماعتهم كافية فى جميع ما وصفته وفى جميع الأشياء فيجتمع أهل الدين والفضل فيقومون مقام القاضى مع فقده فى ضرب الآجال والطلاق وغير ذلك (قلت) تقدم ان الجماعة تقوم مقام القاضى مع فقده الا فى مسائل تقدم شئ منها انتهى انظر المشذالى فى كتاب الاجتهاد فانه ذكر أن الجماعة تقوم مقام القاضى فى مسائل وذكر ذلك أيضا فى كتاب الصلح وذكره البرزلى فى كتاب السلم وقد ذكرت كلام المشذالى فى باب النفقات فى الطلاق على الغائب بالنفقة والله أعلم (الخامس) قال فى الذخيرة فى الباب الثالث من كتاب الأقضية فى الكلام على ولاية الظالم نص ابن أبى زيد فى النوادر على أنا اذا لم نجد فى جهة الا غير العدول أقمنا أصلحهم وأقلهم فجورا للشهادة عليهم ويلزم مثل ذلك فى القضاة وغيرهم لئلا تضيع المصالح وما أظنه يخالفه أحد فى هذا لان التكليف مشروط بالامكان

واذا جاز نصب الشهود فسقة لاجل عموم الفساد جاز التوسع فى أحكام المظالم انتهى ص
﴿ فحكم بقول مقلده ﴾ ش قال ابن فرحون فصل يلزم القاضى المقلد اذا وجد المشهور أن لا يخرج عنه وذكر عن المازرى رحمه الله أنه بلغ درجة الاجتهاد وما أفتى قط بغير المشهور وعاش ثلاثا وثمانين سنة وكفى به قدوة فى هذا فان لم يقف على المشهور من القولين أو الروايتين فليس له التشهى والحكم بما شاء منهما من غير نظر وترجيح فقد قال ابن الصلاح رحمه الله فى كتاب أدب المفتى والمستفتى اعلم ان من يكتفى بان يكون فى فتياه أو علمه موافقا القول أو وجه فى المسئلة أو يعمل بما شاء من الأقوال والوجوه من غير نظر فى الترجيح فقد جهل وخرق الاجماع وسبيله سبيل الذى حكى أبو الوليد الباجى عن فقهاء أصحابه أنه كان يقول الذى لصديقى على اذا وقعت له حكومة ان أفتيه بالرواية التى توافقه وحكى الباجى عمن يثق به انه وقعت له واقعة فأفتى فيها وهو غائب من فقهائهم يعنى المالكية من أهل الصلاح بما يضره فلما عاد سألهم فقالوا ما علمنا انها لك وأفتوه بالرواية الأخرى التى توافقه قال الباجى وهذا الاخلاف فيه بين المسلمين ممن يعتد به فى الاجماع انه لا يجوز وقال ابن الصلاح فاذا وجد من ليس أهلا للتخريج والترجيح اختلافا بين أئمة المذهب فى الأصح من القولين أو الوجهين فينبغى أن يفزع فى الترجيح الى صفاتهم الموجبة لزيادة الثقة بآرائهم فيعمل بقول الأكثر والأورع والأعلم فاذا اختص أحدهم بصفة أخرى قدم الذى هو أحرى منهما بالاصابة فالأعلم الورع مقدم على الاورع العالم وكذا اذا وجد قولين أو وجهين لم يبلغه عن أحد من أئمة المذهب بيان الأصح منهما اعتبر أوصاف ناقلهما أو قائلهما قال ابن فرحون وهذا الحكم جار فى أصحاب المذاهب الأربعة ومقلديهم وقال بعده بأسطر يسيرة وهذه الأنواع من الترجيح معتبرة أيضا بالنسبة الى أئمة المذهب قال ابن أبى زيد فى أول النوادر ان كتابه اشتمل على كثير من اختلاف المالكيين قال ولا ينبغى الاختيار من الاختلاف للمتعلم ولا للمقصر ومن لم يكن فيه محل لاختيار القول فله فى اختيار المفتين من أصحابنا من نقادهم مقنع مثل سحنون وأصبغ وعيسى بن دينار ومن بعدهم مثل ابن المواز وابن عبدوس وابن سحنون وابن المواز أكثرهم تكلفا للاختيارات وابن حبيب لا يبلغ فى اختياراته وقوة رواياته مبلغ من ذكرنا انتهى كلام ابن فرحون ثم نقل عن القرافى فى كتاب الأحكام فى تمييز الفتاوى عن الأحكام ما نصه الحاكم ان كان مجتهدا لم يجز له أن يحكم أو يفتى الا بالراجح عنده وان كان مقلدا جاز له أن يفتى بالمشهور فى مذهبه وأن يحكم به وان لم يكن راجحا عنده مقلدا فى رجحان القول المحكوم به امامه وأما اتباع الهوى فى القضاء والفتيا فحرام اجماعا نعم اختلف العلماء اذا تعارضت الأدلة عند المجتهد وتساوت وعجز عن الترجيح هل يتساقطان أو يختار أحدهما يفتى به قولان للعلماء فعلى أنه يختار للفتيا فله أن يختار أحدهما يحكم به مع أنه ليس براجح عنده وهذا مقتضى الفقه والقواعد وعلى هذا التقدير فيتصور الحكم بالراجح وغير الراجح وليس اتباعا للهوى بل ذلك بعد بذل الجهد والعجز عن الترجيح وحصول التساوى أما الفتيا والحكم بما هو مرجوح فخلاف الاجماع وقال أيضا فى أول هذا الكتاب إن للحاكم أن يحكم بأحد القولين المتساويين من غير ترجيح ولا معرفة بأدلة القولين اجماعا فتأمل هذا مع ما سبق من كلامه فى قوله بعد بذل الجهد والعجز عن الترجيح انتهى كلام ابن فرحون فتحصل منه أنه اذا تساوى القولان من كل وجه أو عجز عن الاطلاع على أوجه الترجيح فله أن يحكم أو يفتى بأحد القولين ومن ابن فرحون أيضا واعلم أنه لا يجوز للمفتى أن يتساهل فى

(يحكم بقول مقلده) * ابن الحاجب يلزمه المصير الى قول مقلده وقيل لا يلزمه

الفتوى ومن عرف بذلك لم يجز أن يستفتى والتساهل قد يكون بان لا يتثبت و يسرع بالفتوى أو الحكم قبل استيفاء حقه من النظر والفكر ور بما يحمله على ذلك توهمه أن الاسراع براعة والابطاء عجز ولان يبطئ ولا يخطئ أجمل به من أن يعجل فيضل و يضل وقد يكون تساهله بان تحمله الأغراض الفاسدة على تتبع الحيل المحذورة أو المكروهة بالتمسك بالشبه طلبا للحرص على من يروم نفعه أو التغليظ على من يروم ضرره قال ابن الصلاح ومن فعل ذلك فقد هان عليه دينه قال وأما اذا صح قصد المفتى واحتسب فى طلب حيلة لا شبهة فيها ولا تجر الى مفسدة ليخلص بها المفتى من ورطة يمين أو نحوها فذلك حسن جميل وقال القرافى اذا كان فى المسئلة قولان أحدهما فيه تشديد والآخر فيه تسهيل فلا ينبغى للمفتى أن يفتى العامة بالتشديد والخواص وولاة الأمور بالتخفيف وذلك قريب من الفسوق والخيانة فى الدين والتلاعب بالمسلمين وذلك دليل فراغ القلب من تعظيم الله تعالى و إجلاله وتقواه وعمارته باللعب وحب الرياسة والتقرب الى الخلق دون الخالق نعوذ بالله من صفات الغافلين والحاكم كالمفتى فى هذا انتهى (فروع * الأول) ما تقدم عن القرافى انما هو اذا وجد فى النازلة نصا فأما ان لم يجد فنقل فى التوضيح عند قول ابن الحاجب فيلزمه المصير الى قول مقلده عن ابن العربى مانصه و يقضى حينئذ بفتوى مقلده بنص النازلة فان قاس على قوله أو قال يجيء من كذا كذا فهو متعد خليل وفيه نظر والأقرب جوازه للمطلع على مدارك امامه انتهى وقال ابن عرفة اثر نقله كلام ابن العربى (قلت) يرد كلامه بانه يؤدى الى تعطيل الاحكام لان الفرض عدم المجتهد لامتناع تولية المقلد مع وجوده فاذا كان حكم النازلة غير منصوص عليه ولم يجز للمقلد المولى القياس على قول مقلده فى نازلة أخرى تعطلت الأحكام و بانه خلاف عمل متقدمى أهل المذهب كابن القاسم فى المدونة فى قياسه على أقوال مالك ومتأخريهم كاللخمى وابن رشد والتونسى والباجى وغير واحد من أهل المذهب بل من تأمل كلام ابن رشد وجده يعد اختياراته بتخريجاته فى تحصيله الأقوال أقوالا انتهى وقد عدّ هو أعنى ابن عرفة فتوى ابن عبد الرؤف وابن السباق وابن دحون ونحوهم أقوالا ذكر ذلك فى السلم فى شرط كونه يتعلق بالذمم ونقل لابن الطلاع قولا فى المذهب نقله فى غسل الوجه فى الوضوء وجعله مقابلا لقول ابن القصار وكان الشيخ خليل وابن عرفة لم يقفا على كلام القرافى فى الذخيرة و بحثه مع ابن العربى ونصه بعد ان ذكر كلام ابن العربى (تنبيه) قوله فان قاس على قوله فهو متعد قال العلماء المقلد قسمان محيط بأصول مذهب مقلده وقواعده بحيث تكون نسبته الى مذهبه كنسبة المجتهد المطلق الى أصول الشريعة وقواعدها فهذا يجوز له التخريج والقياس بشرائطه كما جاز للمجتهد المطلق وغير محيط فلا يجوز له التخريج لانه كالعامى بالنسبة الى حملة الشريعة فينبغى أن يحمل قوله على القسم الثانى فيتجه والا فمشكل انتهى من الباب الثانى وقال فى الباب الخامس المقلد له حالان تارة يحيط بقواعد مذهبه فيجوز له تخريج غير المنصوص على المنصوص بشرط تعذر الفرق ومع امكانه يمتنع لان نسبته الى امامه وقواعده كنسبة المجتهد المطلق الى صاحب الشريعة وشريعته حكما فكما للمجتهد المطلق التخريج عند عدم الفارق و يمتنع عند الفارق فكذلك هذا المقلد وتارة لا يحيط بقواعد مذهبه فلا يجوز له التخريج وان بعد الفارق لاحتمال انه لو اطلع على قواعد مذهبه لأوجب له الاطلاع الفرق ونسبته الى مذهبه كنسبة من دون المجتهد المطلق الى حملة الشريعة فكما يحرم على المقلد التخريج فيما ليس مذهب العلماء و يحرم عليه اتباع الأدلة و يجب عليه أن لا يعمل الا بقول عالم وان

لم يظهر له دليله لقصوره عن رتبة الاجتهاد فكذلك هذا وهو المراد بما تقدم فى شروط القضاء انه لا يخرج ولا يحكم الا بالمنصوص فافهم هذا التخريج فانه يطرد فى الفتيا أيضا انتهى وقال ابن رشد فى أجوبته فى جواب سؤال سئل عنه والسؤال عن الحكم فى أمر القاضى اذا كان ملتزما للمذهب المالكى وليس فى نظره من نال درجة الفتوى ولا هو فى نفسه أهل لذلك فقد مضى القول عليه فيما وصفناه من حال الطائفة التى عرفت صحة مذهب مالك ولم تبلغ درجة التحقيق بمعرفة قياس الفروع على الأصول لانه لا يكون للمذهب المالكى الا بما بان له من صحة أصوله فسبيل هذا القاضى فيما يمر به من نوازل الاحكام التى لا نص عنده فيها من قول مالك أو قول بعض أصحابه التى قد بانت له صحة أن لا يقضى فيها إلا بفتوى من يسوغ له الاجتهاد و يعرف وجه القياس ان وجده فى بلده والا طلبه فى غير بلده فان قضى فيه برأيه ولا رأى له أو برأى من لا رأى له كان حكمه موقوفا على النظر و يأمر الامام القاضى اذا لم يكن من أهل الاجتهاد ولا كان فى بلده من يسوغ له الاجتهاد لا يقضى فيما سبيله الاجتهاد إلا بعد مشورة من يسوغ له الاجتهاد انتهى وسيأتى كلامه على الطائفة التى أحال عليها فى الكلام على المفتى وقال ابن الحاجب فان لم يوجد مجتهد فمقلد فيلزمه المصير الى قول مقلده وقيل لا يلزمه وقيل لا يجوز له الا باجتهاده قال ابن عبد السلام يعنى ان ولى مقلد لعدم المجتهد فهل يلزمه الاقتصار على قول امامه أو لا يلزمه ذلك والأصل عدم اللزوم وهو الأقرب الى عادة المتقدمين فانهم ما كانوا يحجرون على العوام اتباع عالم واحد ولا يأمرون من سأل أحدهم عن مسئلة أن لا يسئل غيره لكن الأولى عندى فى حق القاضى لزوم طريقة واحدة وأنه اذا قلد اماما لا يعدل عنه لغيره لان ذلك يؤدى الى اتهامه بالميل مع أحد الخصمين ولما جاء من النهى عن الحكم فى قضية بحكمين مختلفين انتهى قال ابن عرفة اثر نقله له (قلت) حمله كلام المؤلف على ان فى لزوم المقلد اتباع قول امامه وجواز انتقاله عنه الى قول غيره قولين فيه نظر لان القولين على هذا الوجه ليسا بموجودين فى المذهب فيما أدركت والصواب تفسير القولين بما قدمناه من قول ابن العربى بنص قول مقلده فان قاس عليه أو قال يجىء من كذا فهو متعد و بقول التونسى واللخمى وابن رشد والباجى وأكثر الشيوخ بالتخريج من قول مالك وابن القاسم وغيرهما حسبما قدمناه عنهم انتهى بل فى نظره نظر ولا أرجحية لحمله لان القولين اللذين فسر ابن عبد السلام بهما كلام ابن الحاجب موجودان أما الاول فبقول ابن العربى يحكم بفتوى مقلده بنص النازلة والثانى حكاه فى الجواهر عن الطرطوشى ونصه ولا يلزم أحدا من المسلمين أن يقلد فى النوازل والأحكام من يعتزى الى مذهبه فمن كان مالكيا لم يلزمه المصير فى أحكامه الى قول مالك وهكذا القول فى سائر المذاهب بل أينما أداه اجتهاده من الأحكام صار اليه فان شرط على القاضى أن يحكم بمذهب امام معين فالعقد صحيح والشرط باطل كان موافقا لمذهب المشترط أو مخالفا له انتهى من التوضيح وانظر هذا مع ما نقله ابن فرحون فى تبصرته فى الباب الرابع من القسم الاول فانه نقل عن الطرطوشى ان العقد باطل والشرط باطل انتهى فتأمله ثم قال ابن عبد السلام وقوله وقيل لا يجوز الا باجتهاده يعنى انه لا يجوز تولية المقلد البتة و يرى هذا القائل ان رتبة الاجتهاد موجودة لزمن انقطاع العلم كما أخبر به صلى الله عليه وسلم والا كانت الامة مجتمعة على الخطأ قال ابن عرفة حمله على عدم تولية المقلد مطلقا هو ظاهر لفظه وقبوله اياه يقتضى وجوده فى المذهب ولا أعرفه فى المذهب الا ما حكاه المازرى عن الباجى فى تعليله منع تولية قاضيين لا ينفذ حكم أحدهما دون

الآخر فان ذلك يوجب التعطيل لان غالب المجتهد بن الخلاف والمقلدان توليتهما ممنوعة كذا نقل المازرى عن الباجى ولم أجده له فى المنتقى ولا فى كتاب ابن زرقون انتهى ثم ذكر مانقلناه عنه أولا وهو قوله وما أشار اليه من يسر الاجتهاد الى آخره ثم قال والأظهر تفسير كلام ابن الحاجب بجعل الضمير المخفوض فى قوله باجتهاده عائدا على مقلده بفتح اللام ومعناه أنه يجوز للقاضى المقلد لمالك مثلا فى المسئلة التى لا نص فيها أن يجتهد فيها باجتهاد امامه أى بقواعده المعروفة له فى طرق الأحكام الكلية كقاعدته فى تقديم عمل أهل المدينة على خبر الواحد العدل وعلى القياس وكقوله بسد الذرائع الى غير ذلك من قواعده المخصوصة به فى أصول الفقه ولا يجوز له أن يجتهد فى القياس على قوله اجتهادا مطلقا من غير مراعاة قواعده الخاصة به فيتحصل من نقل ابن الحاجب فى اجتهاد المقلد فيما لا نص لمقلده فيه ثلاثة أقوال المنع مطلقا وهو نص ابن العربى وهو ظاهر ما تقدم من نقل الباجى ولا يفتى الا من هذه صفته الا أن يخبر بشئ سمعه * والثانى جواز القياس مطلقا من غير مراعاة قواعده الخاصة به وهو قول اللخمى وفعله ولذا قال عياض فى مداركه اختيارات له خرج بكثير منها عن المذهب * الثالث جواز اجتهاده بعدم مراعاة قواعد امامه الخاصة به وهذا هو مسلك ابن رشد والمازرى والتونسى وأكثر الافريقيين الأندلسيين وأما الملازمة فى قوله والا كانت الأمة مجتمعة على الخطأ ففى صدقها نظر لان تقديرها ان خلا الزمان عن مجتهد اجتمعت الامة على الخطأ وهذه مصادرة لانه لا يلزم كونها مخطئة الا اذا ثبت عدم الاكتفاء بالتقليد وأما اذا كان جائزا فلا والمسئلة مشهورة فى أصول الفقه قال ابن الحاجب يجوز خلو الزمان عن مجتهد خلافا للحنابلة زاد الآمدى وغيره وجوزه آخرون وهو المختار انتهى وقال المشذالى فى حاشيته ولا خلاف بين المحققين ان القاضى فى هذا الزمان مفتقر الى حفظ واسع واطلاع بارع وادراك جيد نافع وخصوصا المدونة فان فيها أزمة وافرة فيما يرجع الى اقتناص الاحكام ومن كتب الأحكام المتيطية فان فيها جملة صالحة والتوفيق بيد الله * الثانى وأما شرط الفتوى فقال ابن سلمون فى وثائقه سئل ابن رشد فى الفتوى وصفة المفتى فقال الذى أقول به فى ذلك ان الجماعة التى تنسب الى العلوم وتتميز عن جملة العوام بالمحفوظ والمفهوم تنقسم على ثلاث طوائف طائفة منهم اعتقدت صحة مذهب مالك تقليدا بغير دليل فأخذت أنفسها بحفظ مجرد أقواله وأقوال أصحابه فى مسائل الفقه دون التفقه فى معانيها بتمييز الصحيح منها والسقيم وطائفة اعتقدت صحة مذهبه بما بان لها من صحة أصوله التى بناه عليها فاخذت أنفسها بحفظ مجرد أقواله وأقوال أصحابه فى مسائل الفقه وتفقهت فى معانيها فعلمت الصحيح منها الجارى على أصوله من السقيم الخارج الا أنها لم تبلغ درجة التحقيق بمعرفة قياس الفروع على الأصول وطائفة اعتقدت صحة مذهب بما بان لها أيضا من صحة أصوله لكونها عالمة بأحكام القرآن عارفة بالناسخ والمنسوخ والمفصل والمجمل والخاص من العام عالمة بالسنن الواردة فى الأحكام مميزة بين صحيحها من معلولها عالمة بأقوال العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم من فقهاء الأمصار وبما اتفقوا عليه واختلفوا فيه عالمة من علم اللسان بما يفهم به معانى الكلام عالمة بوضع الأدلة فى مواضعها فاما الطائفة الاولى فلا يصح لها الفتوى بما علمته وحفظته من قول مالك وقول أحد من أصحابه اذ لا علم عندها بصحة شئ من ذلك اذ لا يصح الفتوى بمجرد التقليد من غير علم ويصح لها فى خاصتها ان لم تجد من يصح لها أن تستفتيه أو تقلد مالكا أو غيره من أصحابه فيما حفظته من أقوالهم وان لم يعلم من نزلت به نازلة من يقلده فيها من قول مالك

وأصحابه فيجوز للذى نزلت به النازلة أن يقلده فيما حكاه له من قول مالك فى نازلته و يقلد مالكا فى الأخذ بقوله فيها وذلك أيضا اذا لم يجد فى عصره من يستفتيه فى نازلته فيقلده فيها وان كانت النازلة قد علم فيها اختلافا من قول مالك وغيره فأعلمه بذلك كان حكمه فى ذلك حكم العامى اذا استفتى العلماء فى نازلته فاختلفوا عليه فيها وقد اختلف فى ذلك على ثلاثة أقوال * أحدها انه يأخذ بما شاء من ذلك * والثانى انه يجتهد فى ذلك فيأخذ فى ذلك بقول أعلمهم * والثالث انه يأخذ بأغلظ الأقوال وأما الطائفة الثانية فيصلح لها اذا استفتيت أن تفتى بما علمته من قول مالك وقول غيره من أصحابه اذا كانت قد بانت لها صحته كما يجوز لها فى خاصتها الاخذ بقوله اذا بانت لها صحته ولا يجوز لها أن تفتى بالاجتهاد فيما لا تعلم فيه نصا من قول مالك أو قول غيره من أصحابه وان كانت قد بانت لها صحته اذ ليست ممن كمل لها آلات الاجتهاد الذى يصح لها بها قياس الفروع على الأصول *وأما الطائفة الثالثة فهى التى يصح لها الفتوى عموما بالاجتهاد والقياس على الاصول التى هى الكتاب والسنة واجماع الامة بالمعنى الجامع بينها و بين النازلة وعلى ما قيس عليها ان قدم القياس عليها ومن القياس جلى وخفى لان المعنى الذى يجمع بين الاصل والفرع قد يعلم قطعا بدليل قاطع لا يحتمل التأويل وقد يعلم بالاستدلال فلا يوجب الا غلبة الظن ولا يرجع الى القياس الخفى الا بعد القياس الجلى وهذا كله يتفاوت العلماء فى التحقيق بالمعرفة به تفاوتا بعيدا وتفترق أحوالهم أيضا فى جودة الفهم لذلك وجودة الذهن فيه افتراقا بعيدا اذ ليس العلم الذى هو الفقه فى الدين بكثرة الرواية والحفظ وانما هو نور يضعه الله حيث يشاء فمن اعتقد فى نفسه انه ممن تصح له الفتوى بما آتاه الله عز وجل من ذلك النور المركب على المحفوظ المعلوم جاز له ان استفتى أن يفتى واذا اعتقد الناس فيه ذلك جاز له أن يفتى فمن الحق للرجل أن لا يفتى حتى يرى نفسه أهلا لذلك و يراه الناس أهلا له على ما حكى مالك عن ان ابن هرمز أشار بذلك على من استشاره السلطان فاستشاره فى ذلك وقد أتى ما ذكرناه على ما سألت عنه من بيان صفات المفتى التى ينبغى أن يكون عليها فى هذا العصر اذ لا تختلف صفات المفتى التى تلزم أن يكون عليها باختلاف الاعصار وأما السؤال عن بيان ما يلزم فى مذهب مالك لمن أراد فى هذا الوقت أن يكون مفتيا على مذهب مالك فانه سؤال فاسد اذ ليس أحد بالخيار فى أن يفتى على مذهب مالك ولا على مذهب غيره من العلماء بل يلزمه ذلك اذا قام عنده الدليل على صحته ولا يصح له ان لم يقم عنده الدليل على صحته والسؤال عن الحكم فى أمر القاضى اذا كان ملتزما للمذهب المالكى وليس فى نظره ممن نال درجة الفتوى ولا هو فى نفسه أهل لذلك قد مضى القول عليه فيما وصفناه من حال الطائفة التى عرفت صحة مذهب مالك ولم تبلغ درجة التحقيق بمعرفة قياس الفروع على الأصول وذكر بقية كلامه المتقدم فى الفرع الذى قبل هذا وقال ابن عرفة وأما شرط الفتوى ففيها لا ينبغى لطالب العلم أن يفتى حتى يراه الناس أهلا للفتوى وقال سحنون الناس هنا العلماء قال ابن هرمز و يرى هو نفسه أهلا لذلك قال القرافى اثر هذا الكلام وما أفتى مالك حتى أجازه أربعون محنكا لان الحنك وهو اللثام تحت الحنك من شعار العلماء حتى ان مالكا سئل عن الصلاة بغير حنك فقال لا بأس بذلك وهذه اشارة الى تأكيد التحنيك وهذا شأن الفتيا فى الزمن المتقدم وأما اليوم فقد خرق هذا السياج وهان على الناس أمر دينهم فتحدثوا فيه بما يصلح وما لا يصلح وعسر عليهم اعترافهم بجهلهم وان يقول أحدهم لا أدرى فلا جرم آل الحال بالناس الى هذه الغاية بالاقتداء بالجهال والمتجرئين على

دين الله تعالى انتهى (قلت) وقع هذا فى رسم الشجرة من جامع العتبية لابن هرمز فيما ذكره مالك عنه وليس فيه و يرى نفسه أهلا لذلك فقال ابن رشد زاد فى هذه الحكاية فى كتاب الأقضية من المدونة و يرى نفسه أهلا لذلك وهى زيادة حسنة لانه أعرف بنفسه وذلك أن يعلم نفسه انه كملت له آلات الاجتهاد وذلك علمه بالقرآن وناسخه ومنسوخه ومفصله من مجمله وعامه من خاصه و بالسنة مميزا بين صحيحها وسقيمها عالما بأقوال العلماء وما اتفقوا عليه وما اختلفوا فيه عالما بوجوه القياس ووضع الادلة مواضعها وعنده من علم اللسان ما يفهم به معانى الكلام وفى نوازل ابن رشد انه سئل عمن قرأ الكتب المستعملة مثل المدونة والعتبية دون رواية أو الكتب المتأخرة التى لا توجد فيها رواية هل يستفتى وان أفتى وقد قرأها دون رواية هل تجوز شهادته أم لا فأجاب من قرأ هذه الكتب وتفقه فيها على الشيوخ وفهم معناها وأصول مسائلها من الكتاب والسنة والاجماع وذكر ما نقلناه عنه فى البيان فى كلامه السابق ثم قال فهذا يجوز له أن يفتى فيما نزل ولا نص فيه باجتهاده قال ومن لم يلحق هذه الدرجة لم يصلح أن يستفتى فى المجتهدات التى لا نص فيها ولا يجوز له أن يفتى فى شئ منها الا أن يعلم رواية عن عالم فيقلده فيما يخبر به وان كان فيها اختلاف أخبر بالذى ترجح عنده ان كان ممن له فهم ومعرفة بالترجيح (قلت) وهذا حال كثير ممن أدركناه وأخبرنا عنهم أنهم كانوا يفتون ولا قراءة لهم فى العربية فضلا عما سواها من أصول الفقه وقد ولى خطتى قضاء الانكحة والجماعة بتونس من قال ما فتحت كتابا فى العربية على أحد ومثله ولى القضاء فى أوائل هذا القرن ببجاية وقد رأيت بعض هؤلاء يقرؤن التفسير وأخبرت أن بعضهم كان منعه قاضى وقته فلما مات أقرأه وأفتى ابن عبد السلام بوجوب منع من لم يكن له مشاركة فى علم العربية من اقراء التفسير ثم كان فى حضرته من يقرئه بل ولاه محل اقرائه وهو ممن لم يقرأ فى العربية كتابا والله أعلم بحال ذلك كله وفى المقدمات ينبغى للقاضى أن يكون عالما بما لا بد منه من العربية واختلاف معانى العبارات لاختلاف المعانى باختلاف العبارات فى الدعاوى والاقرار والشهادات وقال القرافى ما حاصله يجوز لمن حفظ رواية المذهب وعلم مطلقها ومقيدها وعامها وخاصها أن يفتى بمحفوظه منها وما ليس محفوظا له منها لا يجوز له تخريجه على ما هو محفوظ له منها الا ان حصل علم أصول الفقه وكتاب القياس وأحكامه وترجيحاته وشرائطه وموانعه والا حرم عليه التخريج قال وكثير من الناس يقدمون على التخريج دون هذه الشرائط بل صار يفتى من لم يحط بالتقييدات ولا التخصيصات من منقول امامه وذلك فسق ولعب وشرط التخريج على قول امامه ان يكون القول المخرج عليه ليس مخالفا للاجماع ولا النص ولا لقياس جلى لان القياس عليه حينئذ معصية وقول امامه ذلك غير معصية لانه باجتهاد أخطأ فيه فلا يأثم وتحصيل حفظ القواعد الشرعية انما هو بالمبالغة فى تحصيل مسائل الفقه بأصولها وأصول الفقه لا تفيد ذلك ولذا ألفت هذا الكتاب المسمى بالقواعد قلت قوله ليس مخالفا للاجماع ولا لنص أما الاجماع فمسلم وأما النص فليس كذلك لنص مالك فى كتاب الجامع من العتبية وغيره على مخالفة نص الحديث الصحيح اذا كان العمل بخلافه انتهى وكلام القرافى هذا فى الفرق الثامن والتسعين وقول ابن عرفة فى أول الكلام وعلم مطلقها ومقيدها وعامها وخاصها ان يفتى بمحفوظه عبارة القرافى فهذا يجوز له أن يفتى بجميع ما يحفظه وينقله من مذهبه اتباعا لمشهور ذلك المذهب بشروط الفتيا انتهى واختصر ابن عرفة كلامه فيه جدا قال القرافى فى الفرق المذكور وكل شئ أفتى به المجتهد فوقعت فتياه فيه على خلاف الاصل والقواعد والاجماع والنص والقياس الجلى

السالم عن المعارض الراجح لايجوز لمقلده أن ينقله للناس ولا يفتى به فى دين الله تعالى فان هذا الحكم لو حكم به حاكم لنقضناه ومالانقره شرعا بعد تقرره بحكم الحاكم أولى أن لانقره اذا لم يتأكد وهذا لم يتأكد فلانقره والفتيا بغير شرع حرام فالفتيا بهذا حرام وان كان الامام المجتهد غير عاص فعلى أهل العصر تفقد مذاهبهم فكل ما وجدوه من هذا النوع يحرم عليهم الفتيا به ولا يعرى مذهب من المذاهب عنه لكنه قد يقل وقد يكثر غير انه لا يقدر أن يعرف هذا من مذهبه الا من عرف القواعد والقياس الجلى والنص الصريح وعلة المعارض لذلك وذلك يعتمد تحصيل الفقه والتبحر فى الفقه فان القواعد ليست مستوعبة فى أصول الفقه بل للشريعة قواعد كثيرة جدا عند أئمة الفقه والفتوى لا توجد فى كتب أصول الفقه أصلا وذلك هو الباعث لى على تصنيف هذا الكتاب لضبط تلك القواعد بحسب طاقتى و باعتبار هذا الشرط يحرم على أكثر الناس الفتيا فتأمل ذلك فانه أمر لازم ولذلك كان السلف رضى الله عنهم يتوقفون فى الفتيا توقفا شديدا انتهى (قلت) والظاهر أن قول القرافى وعلم مطلقها ومقيدها وعامها وخاصها يعنى غلب على ظنه ان هذه الرواية مطلقة وهذه مقيدة وأما القطع بان هذه الرواية ليست مقيدة فبعيد ويكفى الآن فى ذلك وجود المسئلة فى التوضيح أو فى ابن عبد السلام قال ابن فرحون قال المازرى فى كتاب الأقضية الذى يفتى به فى هذا الزمان أقل مراتبه فى نقل المذهب أن يكون قد استبحر فى الاطلاع على روايات المذهب وتأويل الشيوخ لها وتوجيههم لما وقع فيها من اختلاف ظواهر واختلاف مذاهب وتشبيههم مسائل بمسائل قد يسبق الى النفس تباعدها وتفريقهم بين مسائل ومسائل قد يقع فى النفس تقاربها وتشابهها الى غير ذلك مما بسطه المتأخرون فى كتبهم وأشار اليه المتقدمون من أصحاب مالك فى كثير من رواياتهم فهذا لعدم النظار يقتصر على نقله عن المذهب انتهى وفى آخر خطبة البيان والتحصيل لابن رشد قال اذا جمع الطالب المقدمات الى هذا الكتاب يعنى البيان والتحصيل حصل على معرفة مالا يسع جهله من أصول الديانات وأصول الفقه وعرف العلم من طريقه وأخذه من بابه وسبيله وأحكم رد الفرع الى الاصل واستغنى بمعرفة ذلك كله عن الشيوخ فى المشكلات وحصل فى درجة من يجب تقليده فى النوازل المعضلات ودخل فى زمرة العلماء الذين أثنى الله عليهم فى غير ما آية من كتابه و وعدهم فيه بترفيع الدرجات انتهى وقد تقدم فى أول المختصر عند قول المصنف مبينا لما به الفتوى فى الكلام على الديباجة بعض هذه النصوص وشئ من هذا المعنى والله أعلم (الثالث) لم يتعرض المؤلف لما تنعقد به الولاية وقال ابن بشير فى التحرير لانعقاد الولاية ثلاثة شروط العلم بشرائط الولاية فى المولى فان لم يعلمها الا بعد التقليد استأنفه الثانى ذكر المولى له كالقضاء أو الامارة فان جهل ذلك فسدت الثالث ذكر البلد الذى عقدت عليه الولاية ليمتاز عن غيره انتهى ونقله القرافى ونقله ابن فرحون عن ابن الامين (الرابع) قال ابن فرحون قال الشيخ أبو اسحق ابراهيم بن يحيى بن الامين القرطبى الالفاظ التى تنعقد بها الولايات أربعة صريح وكناية فالصريح أربعة ألفاظ وهى وليتك وقلدتك واستخلفتك واستنبتك والكناية ثمانية ألفاظ وهى اعتمدت عليك وعولت عليك ورددت اليك وجعلت اليك وفوضت اليك و وكلت اليك وأسندت اليك قال غيره وعهدت اليك وتحتاج الكناية الى ان يقترن بها ماينفى الاحتمال مثل احكم فيما اعتمدت عليك فيه وشبه ذلك انتهى ونقله ابن بشير فى التحرير (الخامس) قال ابن عرفة وتولية الامام قاضيه تثبت باشهاده بها نصا والاصح ثبوتها بالاستفاضة الدالة على توليته والقرائن

على علم ذلك ومنع بعضهم ثبوتها بكتاب يقرأ على الامام ان لم ينظر الشهود فى الكتاب المقروء لجواز أن يقرأ القارىء ماليس فى الكتاب ولو قرأه الامام صحت (قلت) سماع الامام المقروء عليه مع سماعه وسكوته يحصل العلم ضرورة بتوليته اياه ونقل المتيطى وغيره عن المذهب ثبوت ولايته بشهادة السماع انتهى وقوله يقرأ على الامام كذا فى النسخة التى رأيت منه وهو الذى يقتضيه بحثه والذى فى تبصرة ابن فرحون عن الامام وهو الظاهر والله أعلم وانظر نوازل ابن رشد فى مسائل الاقضية (السادس) قال ابن فرحون اذا كان القاضى المولى غائبا وقت الولاية فانه يجوز أن يكون قبوله على التراخى عند بلوغ التقليد اليه وعلامة القبول شروعه فى العمل وبهذا جرى عمل الصحابة رضى الله عنهم ومن بعدهم الى وقتنا هذا انتهى وقال فى الذخيرة فرع قال الشافعية يجوز انعقاد ولاية القاضى بالمكاتبة والمراسلة كالوكالة وقواعدنا تقتضيه قالوا فان كان التقليد باللفظ مشافهة فالقبول على الفور لفظا كالايجاب وفى المراسلة يجوز على التراخى بالقول قالوا وفى القبول بالشروع فى النظر خلاف وقواعدنا تقتضى الجواز لان المقصود هو الدلالة على مافى النفس انتهى (السابع) قال فى الذخيرة قال الشافعية اذا انعقدت الولاية لايجب على المتولى النظر حتى تشيع ولايته فى عمله ليذعنوا له وهو شرط أيضا فى وجوب الطاعة وقواعد الشريعة تقتضى ماقالوه فان التمكن والعلم شرطان فى التكليف عندنا وعند غيرنا فالشياع يوجب له المكنة والعلم لهم انتهى (الثامن) قال ابن الحاجب وللامام أن يستخلف من يرى غير رأيه فى الاجتهاد أو التقليد ولو شرط الحكم بما يراه كان الشرط باطلا والتولية صحيحة قال الباجى كان فى سجلات قرطبة ولا يخرج عن قول ابن القاسم ماوجده قال فى التوضيح للامام أن يستخلف من يرى غير رأيه كالمالكى يولى شافعيا أو حنفيا ولو شرط أى الامام على القاضى الحكم بما يراه الامام من مذهب معين أو اجتهاد له كان الشرط باطلا وصح العقد وهكذا نقله فى الجواهر عن الطرطوشى وقال غيره العقد غير جائز وينبغى فسخه ورده وهذا انما هو اذا كان القاضى مجتهدا وهكذا فرض المازرى المسئلة فيه قال وان كان الامام مقلدا وكان متبعا لمذهب مالك واضطر الى ولاية قاض مقلد لم يحرم على الامام أن يأمره أن يقضى بين الناس بمذهب مالك ويأمره أن لايتعدى فى قضائه مذهب مالك لما يراه من المصلحة فى أن يقضى بين الناس بما عليه أهل الاقليم والبلد الذى هذا القاضى منه وولى عليهم وقد ولى سحنون رجلا سمع بعض كلام أهل العراق وأمره أن لايتعدى الحكم بمذهب أهل المدينة وقوله قال الباجى كان فى سجلات قرطبة ولا يخرج عن قول ابن القاسم ماوجده هكذا نقله الطرطوشى عن الباجى وهو جهل عظيم منهم يريد لان الحق ليس فى شئ معين قال ابن رشد ومانقل عن سحنون من ولاية ذلك الشخص على أن لايخرج عن أقوال أهل المدينة يريد قولهم انتهى وقال ابن عرفة فى أثناء الكلام على استخلاف القاضى نائبا وشرط المستخلف على مستخلفه الحكم بمذهب معين وان خالف معتقد المستخلف اجتهادا أو تقليدا لخرج على شرط ذلك الامام فى توليته قاضيه عليه فى صحته وبطلان توليته بذلك ثالثها يبطل الشرط فقط لظاهر نقلهم عن سحنون انه ولى رجلا سمع بعض كلام أهل العراق وشرط عليه الحكم بمذهب أهل المدينة المازرى مع احتمال كون الرجل مجتهدا مع نقل الباجى كان الولاة عندنا بقرطبة يشترطون على من ولوه القضاء فى سجله أن لا يخرج عن مذهب ابن القاسم ماوجده والطرطوشى لقوله فيما حكاه الباجى هذا جهل عظيم ونقل المازرى عن بعض الناس مع تخريجه على أحد الاقوال بابطال فاسد الشرط فى عقد البيع مع صحة

البيع قال وقال بعض الناس ان كان القاضى على مذهب مشهور وعليه عمل أهل بلده نهى عن الخروج عن ذلك المذهب وان كان مجتهداً أداه اجتهاده الى الخروج عنه اتهمته أن يكون خروجه حيفا أو هوى وهذا القول عمل بمقتضى السياسة ومقتضى الاصول خلافه والمشروع اتباع المجتهد مقتضى اجتهاده اه (التاسع) قال ابن فرحون فى تبصرته اختلف فى قبول ولاية القضاء من الامير غير العادل ففى رياض النفوس فى طبقات علماء افريقية لأبى محمد عبد الله بن محمد المالكى قال سحنون اختلف أبو محمد عبد الله بن فروخ وابن غانم قاضى افريقية وهما رواة مالك رحمهم الله فقال ابن فروخ لا ينبغى لقاض اذا ولاه أمير غير عدل أن يلى القضاء وقال ابن غانم يجوز أن يلى وان كان الامير غير عدل فكتب بها الى مالك فقال مالك أصاب الفارسى يعنى ابن فروخ وأخطأ الذى يزعم انه عربى يعنى ابن غانم (العاشر) قال فى الذخيرة فى الكلام على الولاية الخامسة التى هى وظيفة القضاء قال اللخمى اقامة الحكم للناس واجب لانه أمر بالمعروف ونهى عن المنكر فعلى ولى الامر أن ينظر فى أحكام المسلمين ان كان أهلا أو يقيم للناس من ينظر فان لم يكن للموضع ولى أمر كان ذلك لذوى الرأى والثقة فما اجتمع رأيهم عليه أن يصلح أقاموه انتهى وقال المازرى فى شرح التلقين القضاء ينعقد بأحد وجهين أحدهما عقد أمير المؤمنين أو أحد أمرائه الذين جعل لهم العقد فى مثل ذلك الثانى عقد ذوى الرأى وأهل العلم والمعرفة والعدالة لرجل منهم كملت فيه شروط القضاء وهذا حيث لا يمكنهم مطالعة الامام فى ذلك ولا ان يستدعوا منه ولايته ويكون عقدهم له نيابة عن عقد الامام الأعظم أو نيابة عمن جعل الامام له ذلك للضرورة الداعية الى ذلك اه من تبصرة ابن فرحون وتقدم فى التنبيه الرابع عند قول المؤلف مجتهد شئ من هذا المعنى والله أعلم (فائدة) قال ابن عرفة ابن سهل قال بعض الناس خطة القضاء من أعظم الخطط قدرا وأجلها خطرا لا سيما اذا اجتمعت اليها الصلاة (قلت) يريد امامة الصلاة ومقتضاه حسن اجتماعهما والمعروف ببلدنا قديما وحديثا منع اقامة قاضى الجماعة بها أو الأنكحة امامة الجامع الأعظم بها وسمعت بعض شيوخنا يعللون ذلك بان القاضى مظنة لعدم طيب نفس المحكوم عليه به مع تكرر ذلك فى الآحاد فيؤدى الى امامة الامام من هو له كاره وقد خرج الترمذى عن أبى أمامة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة لا تجاوز صلاتهم آذانهم العبد الآبق حتى يرجع وامرأة باتت وزوجها عليها ساخط وامام قوم وهم له كارهون انتهى (فائدة) قال فى الذخيرة قال فى النوادر قال مالك أول من استقضى معاوية ولم يكن لرسول الله صلى الله عليه وسلم ولا لأبى بكر ولا لعثمان قاض بل الولاة يقضون وأنكر قول أهل العراق عمر استقضى شريحا وقال كيف يستقضى بالعراق دون الشام واليمن وغيره فليس كما قالوا انتهى ص ❊ ونفذ حكم أعمى وأبكم وأصم ووجب عزله ❊ ش هذا هو القسم الثانى وهو ما يقتضى عدمه الفسخ وان لم يكن شرطا فى صحة الولاية ويجب أن يكون القاضى متصفا بها قال فى التوضيح الصفة الثانية غير شرط فى صحة الولاية ولكنه يجب أن يكون متصفا بها وعدمها موجب للعزل وينفذ ما مضى من أحكامه انتهى فقول الشيخ بهرام هذه الأوصاف توجب العزل وليس عدمها من شروط الصحة بل وجودها من باب الاستحباب مخالف لما تقدم من كلام التوضيح وقال ابن عبد السلام (فان قلت) لم خصت الصفة الأولى بالشرطية (قلت) لان الولاية تنعدم بانعدامها والصفة الثانية ليست كذلك وان وجب العزل اذا انعدمت وهذا كما يفرقون فى مسائل الصلاة بين الواجب الذى

(ونفذ حكم أعمى وأبكم وأصم ووجب عزله) ❊ ابن رشد الخصال التى ليست مشترطة فى صحة ولاية القضاء الا ان عدمها يوجب فسخ الولاية هى أن يكون سميعا بصيرا متكلما فان ولى من لم تجتمع فيه وجب عزله متى عثر عليه ويكون ما مضى من أحكامه جائزا

(ولزم المتعين أو الخائف فتنة ان لم يتول أو ضياع الحق القبول والطلب) * ابن رشد يجب ان لا يولى القضاء من أراده وطلبه * ابن عرفة قبول ولاية القضاء من فروض الكفاية ان كان بالبلد عدد يصلحون لذلك فان لم يكن من يصلح لذلك الا واحد تعين عليه وأجبر على الدخول فيه وقال الباجي يجب على من هو أهله السعى فى طلبه ان علم أنه ان لم يله ضاعت الحقوق أو وليه من لا يحل ان يولى وكذا ان وليه من لا تحل ولايته ولا سبيل لعزله الا بطلبه وقيل يستحب طلبه لمجتهد خفى علمه وأراد اظهاره لولاية القضاء أو لعاجز عن قوته وقوت عياله الا برزق القضاء (وأجبر وان بضرب) * أبو عمر انما يجبر على القضاء من لم يوجد غيره يجبر بالسجن والضرب عرف عياض بابن مسكين فقال والقضاء بعد اجماع الناس عليه على اختلاف مذهبهم قال ابن الاغلب أندرى لم بعثته اليك قال لا شاورك فى رجل قد أجمع الخير قد أردت أن أوليه القضاء فامتنع قال ابن مسكين تجبره على ذلك قال تمنع قال يحبس قال قم أنت هو قال انى رجل طويل الصمت قليل الكلام غير نشيط فى أمورى ولا أعرف أهل البلد فقال الامير عندى مولى نشيط تدرب فى الاحكام أنا أضمه اليك يكون لك كاتبا يصدر عنك فى القول فى جميع الامور فما رضيت من قوله أمضيت وما سخطت رددت فضم اليه ابن البناء قال المخبر فكثيرا ما كنت آتى مجلسه وهو صامت لا ينطق وابن البناء يقضى فقال الامير لابن البناء بلغنى أنك تفصل بين الخصوم وهو ساكت ما أرى الا أنه لم يقبل القضاء فقال ابن البناء قد قبل الا انى أكفيه فقال امض لا تعلم أحدا بما بينى وبينك وافصل بين خصمين بغير مذهبه قال ابن البناء ففعلت فامرهما ابن مسكين فدارا بين يديه وفصل بمذهبه فاخبرت الامير فحمد الله وشكره وأمره (والا فله الهرب) * ابن رشد الهروب عن القضاء واجب وطلب السلامة منه لازم لا سيما فى هذا الوقت (وان عين) * ابن شاس للامام اجباره وله هو أن يهرب بنفسه منه الا ان يعلم انه متعين عليه فيجب عليه القبول

شرط فى صحة الصلاة وبين الواجب الذى ليس شرطا فى صحتها انتهى وانظر كلام المقدمات بعد هذا وقال ابن عبد السلام فى شرح قول ابن الحاجب الثانى السمع والبصر والكلام يعنى أن النوع الثانى من صفات القاضى وهو الموجب للعزل اذا عدم أو عدم بعض أجزائه الا أن وحدة النوع الأول وجعل ما تحته من القيود كالأجزاء صحيح لان كل واحد من تلك الأجزاء اذا عدم منع الولاية ولان جزء الشرط ينعدم المشروط بانعدامه وأما وحدة هذا النوع بحيث يكون كل واحد من السمع والبصر والكلام جزأ له فغير صحيح وذلك ان المؤلف جعل أثر هذا النوع انما هو فى وجوب العزل لا فى انعقاد الولاية وانما يظهر هذا اذا انعدم واحد من تلك الأجزاء بقيد الوحدة وأما اذا انعدم اثنان منها فأكثر فلا تنعقد الولاية أصلا انتهى فتأمله (سؤال) قال البساطى (فان قلت) إما أن يجعل العمى مثلا مانعا من تولية القضاء أولا فعلى الاول لا ينفذ حكمه وعلى الثانى لا يجب عزله (قلت) كل من الشقين ممنوع وسند الاول أن المانع اذا كان فى الابتداء ترتب عليه الحكم الذى ذكرت أعنى أنه لا ينفذ حكمه ولا يلزم من هذا انه اذا طرأ وقد كان ولى على غير هذه الصفة انه لا تنفذ أحكامه فمن ولى صحيحا وطرأ عليه هذا المانع هو الذى ينفذ حكمه والكلام فيه وسند الثانى ان ما ليس بمانع من نفوذ الحكم لا يلزم معه دوام التولية لان النفوذ مستند الى التولية الصحيحة ووجوب العزل مستند الى الطارئ انتهى وفى جوابه نظر لاقتضائه أن نفوذ حكم القاضى الأعمى انما هو اذا ولى صحيحا ثم طرأ عليه قال فى المقدمات وأما الخصال التى ليست مشروطة فى صحة الولاية الا أن عدمها يوجب فسخ الولاية فهى أن يكون سميعا بصيرا متكلما عدلا فهذه الأربع خصال لا يجوز أن يولى القضاء إلا من اجتمعت فيه فان ولى من لم تجتمع فيه وجب أن يعزل متى عثر عليه ويكون ما مضى من أحكامه جائزا إلا الفاسق فاختلف فيما مضى من أحكامه فقال أصبغ انها جائزة والمشهور فى المذهب انها مردودة وعليه فالعدالة مشروطة فى صحة الولاية كالاسلام والحرية انتهى وقال فى التوضيح تنفذ أحكامه سواء ولى كذلك أو طرأ عليه ذلك انتهى * والجواب عن سؤاله أن يقال قولك العمى مثلا مانع ما تعنى به مانع من صحة التولية أو من جوازها فالاول ليس مرادا لنا وعليه يلزم ما ذكرت والثانى مرادنا ولا يلزم عليه ما ذكرت والله أعلم (تنبيه) ترك المؤلف الكلام على الكتابة قال فى التوضيح قال الباجى وابن رشد انه لا نص هل يشترط فى القاضى أن يكتب وعن الشافعية قولان انتهى قال ابن عبد السلام ورجح الباجى وابن رشد صحة الولاية مع ظهور القول بالمنع وظاهر كلام بعض الاندلسيين المنع انتهى ص * ولزم المتعين أو الخائف فتنة أو ضياع الحق ان لم يتول القبول والطلب * ش كأنه سقط عند الشارح

بهرام لفظ والطلب فى الشرح الكبير فقال ولم يتعرض للطلب وظاهر كلامه انه لا يجب لان قوله يلزمه القبول يدل على أن اللزوم مشروط بعرض الولاية عليه وقد ذكر بعض أصحابنا أن القضاء يجب طلبه اذا كان من أهل الاجتهاد والعدالة ولا يكون هناك قاض أو يكون ولكن تحرم ولايته أو يعلم أنه اذا لم يتول تضيع الحقوق ويكثر الهرج فقد قالوا انه اذا خاف ضياع الحقوق يجب عليه الطلب انتهى وأما فى الوسط والصغير فظاهر كلامه ثبوتها وانظر اذا قيل يلزمه الطلب فطلب فنع من التولية إلا ببذل مال فهل يجوز له بذله الظاهر أنه لا يجوز له بذله لانهم قالوا كما سيأتى انما يلزمه القبول اذا تعين اذا كان يعان على الحقوق وبذل المال فى القضاء من أول الباطل الذى لم يعن على تركه فيحرم عليه حينئذ وقد يفهم ذلك من الفرع الآتى لابن فرحون والله أعلم قال ابن الحاجب وهو أى القضاء فرض كفاية فاذا انفرد بشرائط تعين قال ابن عبد السلام قيل ان علم القضاء يرجع الى تعيين المدّعى من المدّعى عليه فاذا كان هذا علم القضاء أو لازما له فلا بد من نصب انسان يرفع النزاع الواقع بين الناس وينصف المظلوم من الظالم ولما كان هذا المعنى يحصل فى البلد من واحد ومن عدد قليل كان هذا الفرض فيه على الكفاية اذا تعدد من فيه أهلية ذلك فان اتحد تعين ثم قال وهذه مرتبة القاضى فى الدين حين كان القاضى يعان على ما وليه حتى ربما كان بعضهم يحكم على من ولاه ولا يقبل شهادته ان شهد عنده لعدم أهلية الشهادة منه وأما اذا صار القاضى لا يعان بل من ولاه ربما أعان عليه من مقصوده بلوغ هواه على أى حال كان فان ذلك الواجب ينقلب محرما نسأل الله السلامة وبالجلة ان أكثر الخطط الشرعية فى زماننا أسماء شريفة على مسميات خسيسة انتهى ونقله فى التوضيح قال ابن عرفة اثر نقله كلام ابن عبد السلام هذا (قلت) وحدثنى من أثق به وبصحة خبره انه لما مات القاضى بتونس الشيخ أبو علىّ بن قدّاح تكلم أهل مجلس السلطان فى ولاية قاض فذكر بعض أهل المجلس ابن عبد السلام فقال بعض كبار أهل المجلس انه شديد الأمر ولا تطيقونه فقال بعضهم نستخبر أمره فدسوا عليه رجلا من الموحدين كان جارا له يعرف بابن ابراهيم فقال له هؤلاء امتنعوا من توليتك لانك شديد فى الحكم فقال أنا أعرف العوائد وأمشيها فحينئذ ولوه من عام أربعة وثلاثين الى أن توفى رحمه الله عام تسع وأربعين وسبعمائة انتهى (قلت) ينبغى أن يحمل هذا من ابن عبد السلام رحمه الله على أنه خاف أن يولى من لا يصلح للولاية فتسبب فى ذلك لدفع مضرّة ذلك كما ذكره ابن عرفة عن بعض شيوخه فى تسببه بولايته لقضاء الأنكحة تسببا ظاهرا علمه القريب منه والبعيد قال وكان ممن يشار اليه بالصلاح والأعمال بالنيات وقد أشار ابن غازى الى هذا فى تكميل التقييد فاذا كان هذا حكم القسم الواجب صار محرما فكيف ببقية الأقسام وقال فى المقدّمات الهرب من القضاء واجب وطلب السلامة منه لاسيما فى هذا الوقت واجب لازم وقد روى أن عمر رضى الله عنه دعا رجلا ليوليه فأبى فجعل يديره على الرضا فأبى ثم قال له أنشدك الله يا أمير المؤمنين أى ذلك تعلم خيرا لىّ قال أن لا تلى قال فاعفنى قال قد فعلت ثم قال وطلب القضاء والحرص عليه حسرة وندامة يوم القيامة وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال ستحرصون على الامارة وتكون حسرة وندامة يوم القيامة فنعمت المرضعة وبئست الفاطمة فمن طلب القضاء وأراده وحرص عليه وكل اليه وخيف عليه فيه الهلاك ومن لم يسأله وامتحن به وهو كاره له خائف على نفسه فيه أعانه الله عليه روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال من طلب القضاء واستعان عليه وكل اليه ومن لم يطلبه ولا

استعان عليه أنزل الله ملكا يسدده وقال صلى الله عليه وسلم لا تسأل الامارة فانك ان تؤتها من غير مسئلة تعن عليها وان تؤتها عن مسئلة توكل اليها انتهى وقال الجزيرى فى وثائقه القضاء محنة وبلية ومن دخل فيه فقد عرض نفسه للهلاك لان التخلص منه عسر فالهروب منه واجب لا سيما فى هذا الوقت وطلبه نوك وان كان حسبة قاله الشعبى ورخص فيه بعض الشافعية اذا خلصت نيته للحسبة بأن يكون قد وليه من لا يرضى حاله والاول أصح لقوله عليه السلام انا لا نستعمل على عملنا من أراده انتهى والنوك بالضم الحمق قاله فى الصحاح قال قيس بن الحطيم * وداء النوك ليس له دواء * والنواكة الحماقة قال ابن عرفة اثر نقله كلام المقدمات المذكور (قلت) ظاهره مطلقا وزعم بعضهم انه ان خاف من فيه أهلية أن يولى من لا أهلية فيه أن له طلبه وقد تحققت بالخبر الصادق ان بعض شيوخنا وكان ممن يشار اليه بالصلاح لما وقع النظر بتونس فى ولاية قاضى الأنكحة تسبب فى ولايتها تسببا ظاهرا علمه القريب منه والبعيد وما أظنه فعل ذلك إلا لما نقل المازرى والاعمال بالبينات قال المازرى يجب على من هو من أهل الاجتهاد والعدالة السعى فى طلبه ان علم أنه ان لم يله ضاعت الحقوق أو وليه من لا يحل أن يولى وكذلك ان وليه من لا تحل ولايته توليته ولا سبيل لعزله إلا بطلبه انتهى (فرع) قال ابن فرحون وأما تحصيل القضاء بالرشوة فهو أشد كراهة وقال أبو العباس من تلامذة ابن شريح الشافعى فى كتابه أدب القضاء من تقبل القضاء بقبالة وأعطى عليه الرشوة فولايته باطلة وقضاؤه مردود وان كان قد حكم بحق قال وان أعطى رشوة على عزل قاض ليولى هو مكانه فكذلك أيضا وان اعطاها على عزله دون ولاية فعزل الاول برشوة ثم استقضى هو مكانه بغير رشوة نظر فى المعزول فان كان عدلا فاعطاء الرشوة على عزله حرام والمعزول باق على ولايته الا أن يكون من عزله تاب فرد الرشوة قبل عزله وقضاء المستخلف أيضا باطل الا أن يكون تاب قبل الولاية فيصح قضاؤه فان كان المعزول جائرا لم يبطل قضاء المستخلف قال المؤلف أبو العباس (قلت) هذا تخريجا على مذهب الشافعى والحنفى انتهى ص ﴿ وحرم لجاهل وطالب دنيا ﴾ ش لو قال عوض قوله لجاهل لغير أهله كما قال ابن عرفة ويحرم طلبه على فاقد أهليته انتهى لكان أتم (فائدة) ويحرم السعى على من قصد بالسعى الانتقام من أعدائه قاله ابن فرحون ص ﴿ وندب ليشهر علمه ﴾ ش نقله ابن عرفة عن المازرى عن بعض العلماء وزاد معه أو أن يكون فقيرا وله عيال ويسعى فى تحصيله لسد خلته ونصه قال بعض العلماء يستحب طلبه لمجتهد خفى علمه وأراد اظهاره بولايته القضاء أو لعاجز عن قوته وقوت عياله إلا برزق القضاء المازرى ولا يقتصر بالاستحباب على هذين بل يستحب للأولى به من غيره لانه أعلم منه انتهى وعبر ابن فرحون عن هذا الأخير بقوله قال المازرى وقد يستحب لمن لم يتعين عليه ولكن يرى انه أنهض به وأنفع للمسلمين من آخر يولاه وهو ممن يستحق التولية ولكنه مقصر عن هذا انتهى وان كان يقصد به دفع ضرر عن نفسه فعده ابن فرحون فى القسم المباح قال ونقله المازرى فى الوجه المستحب وكذلك عد ابن فرحون فى القسم المباح ما نقل المازرى عن بعضهم من انه اذا كان فقيرا وطلبه لسد خلته انه مستحب وعكس ما ذكره المؤلف وهو ما اذا كان عدلا مشهورا ينفع الناس بعلمه وخاف ان تولى القضاء أن لا يقدر على ذلك يكره له السعى قاله فى التوضيح وقال ابن عرفة عن المازرى وفى كونه فى حق المشهور علمه الغنى مكروها أو مباحا نظر قال وأصول الشرع تدل على الابعاد منه انتهى قال ابن فرحون

(وحرم لجاهل) * المازرى يحرم الطلب للقضاء على فاقد أهليته (أو قاصد دنيا) تقدم قول ابن رشد يجب أن لا يولى القضاء من أراده (وندب ليشهر علمه) المازرى ويستحب طلبه لمن أراد اظهار علمه أنظر أول سراج المريدين

(كورع غنى حليم نزه نسيب مستشير بلا دين وحد) * ابن رشد للقضاء خصال مستحبة ويستحب لعدمها زيادة عزله وهى كثيرة منها ان يكون من أهل البلد ورعا غنيا ليس بمحتاج ولا مديان معروف النسب جزلا نافذا فطنا غير مخدوع لغفلة ولا محدود فى زنا ولا قذف ولا مقطوع فى سرقة قال عمر بن عبد العزيز وان يكون ذا نزاهة عن الطمع مستخفا باللائمة يريد انه يدير الحق على من دار عليه ولا يبالى بمن لامه على ذلك حليما عن الخصم مستشيرا لاولى العلم (وزائد فى الدهاء) * الطرطوشى ليس بحسن الزيادة فى عقله المفضية الى الدهاء والمكر فان هذا مذموم وقد عزل عمر رضى الله عنه زيادا وقال كرهت أن أحمل الناس على فضل عقلك وكان من الدهاة (وبطانة سوء) نحو هذا قال ابن الحاجب قال ابن عرفة والذى فى المعونة أخص من هذا (ومنع الراكبين معه والمصاحبين وتخفيف الاعوان) قال مطرف وابن الماجشون لا ينبغى للقاضى أن يكثر الدخال عليه ولا الراكب معه الان يكونوا أهل أمانة ونصيحة وفضل فلا بأس بذلك ويمنع أهل الركوب معه فى غير حاجة ولا دفع مظلمة ولا خصومة ولا يتقدم الى أعوانه ولو استغنى عنهم كان أحب الى ولم يكن لأبى بكر ولا لعمر أعوان الا أن يضطر الى الاعوان فيخفف منهم ما استطاع (واتخاذ من يخبره بما يقال فى سيرته وحكمه وشهوده) * ابن عبد الحكم يستحب ان يجعل رجلا ممن يثق بهم ينقلون اليه ما ينقم الناس عليه من خلق

ومن المكروه أن يكون سعيه فى طلب القضاء لتحصيل الجاه والاستعلاء على الناس فهذا يكره له السعى ولو قيل انه يحرم لكان وجهه ظاهرا لقوله تعالى تلك الدار الآخرة نجعلها للذين لا يريدون علوا فى الارض ولا فسادا والعاقبة للمتقين انتهى وأما اباحة السعى فقال فى التوضيح قال المازرى ويبعد عندى تصور الاباحة الا عند تقابل أدلة الاحكام وقرائن الاحوال ولا يقدر على ترجيح بعضها على بعض للفهم وقد تقدم أن ابن فرحون جعل منه مسئلة من سعى فيه لسد خلته وتقدم كلام ابن عرفة أيضا والله أعلم قال ابن عرفة بعد ذكره هذه الاقسام (قلت) هذا كله ما لم تكن توليته ملزومة لما لا يحل من تكليفه تقديم من لا يحل تقديمه للشهادة وقد شاهدنا من ذلك ما الله أعلم به ولا فائدة فى كتبه هنا انتهى والله أعلم ص ﴿كورع نزه﴾ ش الفرق بين الورع والنزه ان الورع هو التارك للشبهات قاله فى التوضيح قال ابن عبد السلام وفائدة كونه ورعا ظاهرة وهو أولى الناس بذلك والنزه هو الذى لا يطمع فيما عند الناس قال فى المقدمات روى عن عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه فى صفات القاضى أن يكون عالما بالكتاب والسنة ذا نزاهة عن الطمع انتهى وفى الذخيرة قال ابن محرز لا يأتى بما نصب له حتى يكون ذا نزاهة ونصيحة ورحمة وصلابة ليفارق بالنزاهة التشوف لما فى أيدى الناس وبالنصيحة ليفارق حال من يريد الظلم ولا يبالى بوقوع الغش والغلط والخطأ وبالرحمة حال القاسى الذى لا يرحم الصغير واليتيم والمظلوم وبالصلابة حال من يضعف عن استخراج الحقوق انتهى ص ﴿غنى﴾ ش قال ابن عبد السلام الظاهر الاكتفاء بالغنى عن عدم الدين فان وجود الدين مع الغنى ربما يزيد على مقدار الدين لا أثر له انتهى قال فى التوضيح خليل وفيه نظر والظاهر خلافه ولا يخفى عليك انتهى وقال سحنون فى كتاب ابنه واذا كان الرجل فقيرا وهو أعلم من فى البلد وأرضاهم استحق القضاء ولكن ينبغى أن لا يجلس حتى يغنى ويقضى دينه قال المازرى وهذا من المصلحة لانه ربما دعاه فقره الى استمالة الاغنياء والضراعة لهم وتمييزهم على الفقراء بالاكبار اذا تخاصموا مع الفقراء فاذا كان غنيا بعد عن ذلك انتهى من تبصرة ابن فرحون ونقله غيره والله أعلم (تنبيه) زاد ابن الحاجب أن يكون بلديا ولا يخاف فى الله لومة لائم والمصنف انما ترك الاول لان ابن رشد وابن عبد السلام قالا ان الولاة اليوم يرجحون غير البلدى على البلدى وترك الثانى لانه قال فى التوضيح تبعا لابن عبد السلام الظاهر انه راجع الى النوع الاول لان الخوف من لومة اللائم راجع الى الفسق انتهى ص ﴿نسيب﴾ ش قال ابن عرفة قال سحنون ولا بأس بولاية ولد الزنا ولا يحكم فى حد قال الباجى الاظهر منعه لان القضاء موضع رفعة فلا يليها ولد الزنا كالامامة الصقلى عن أصبغ لا بأس أن يستقضى من حد فى الزنا اذا تاب ورضيت حاله أو كان عالما ويجوز حكمه فى الزنا وان لم تجز شهادته فيه لان المسخوط يجوز حكمه ما لم يحكم بجور أو خطأ ولا تجوز شهادته وعزاه الباجى لاصبغ انتهى ص ﴿بلا دين وحد﴾ ش قال فى التوضيح وجوز أصبغ حكمه فيما حد فيه ومنعه سحنون قياسا على الشهادة انتهى ص ﴿وزائد فى الدهاء﴾ الدهاء بفتح الدال والمد كذا ضبطه ابن قتيبة فى أدب الكتاب كالذكاء والعطاء وكذا فى ضياء الحلوم والله أعلم ص ﴿وتخفيف الاعوان﴾ ش قال فى التوضيح مطرف وابن الماجشون ولو

أوحكم أوقبول شاهد ويفحص عن ذلك ويرجع عما يجب ان يرجع عنه فان له فى الفحص عن ذلك منفعة لنفسه
وللمسلمين (وتأديب من
أساء عليه) * ابن شاس
للقاضى الفاضل العدل
ن أيحكم لنفسه ويعاقب
من تناوله بالقول وآذاه
بان ينسب اليه الظلم أو
الجور مواجهة بحضرة
أهل مجلسه بخلاف ماشهد
به عليه انه آذاه وهو غائب
لأن مواجهته من قبل
الاقرار (الا فى مثل اتق
الله فى أمرى فليرفق به)*
ابن عبد الحكم ان قال
للقاضى اتق الله فلا ينبغى
ان يضيق لذلك ولا يكترث
عليه وليتثبت ويجيبه
جوابا لينا يقول له رزقنى
الله تقواه وما أمرت الا
بخير ومن تقوى الله ان
نأخذ منك الحق اذا بان
ولا يظهر بذلك غضبا (ولم
يستخلف الا لوسع عمله) *
المتيطى ليس للقاضى أن
يستخلف قاضيا مكانه ينظر
للناس ويريح نفسه اذا
كان حاضرا ولا ان عاقه
شغل الا بعد استئذان
الامام أو يكون تقدمه أولا
انعقد على ذلك وأما ان
سافر أو مرض فله أن
يجعل مكانه من يقوم مقامه
و ينفذ أموره ثم لا يكون
متعديا على من استقضاه
واذا كان ذلك باذن الخليفة فلا يبالى كان القاضى حاضرا أو غائبا وكان الامام ولى قاضيين أحدهما فوق الآخر وقاله مطرف وابن
الماجشون وأصبغ وقال سحنون لا يستخلف ان مرض أو سافر الا باذن الخليفة قال وكذلك ان عجز عن الانفراد بالنظر وكثر التشغيب

استغنى عن الاعوان أصلا لكان أحب الينا انتهى ص ﴾ وتأديب من أساء عليه الا فى مثل
اتق الله فى أمرى فليرفق به ﴾ ش قال ابن الحاجب ويجب عليه أن يؤدب أحد الخصمين اذا
أساء على الآخر وينبغى ذلك أيضا اذا أساء على الحاكم ابن عبد السلام ظاهر مغايرة المؤلف
اللفظين فى هذه المسئلة والتى فوقها أن اساءة أحد الخصمين للآخر فى مجلس القاضى أشد من
اساءته على القاضى وظاهر كلام مالك أن هذه المسئلة مثل التى قبلها فى الوجوب قال عنه ابن
القاسم وأما ان قال له ظلمتنى فذلك يختلف ووجه ذلك ان أراد أذى القاضى وكان القاضى من أهل
الفضل فليعاقبه وقد أشار مطرف وابن الماجشون الى الفرق بين المسئلتين كما قال المؤلف وذلك
انهما قالا اذا شتم أحد الخصمين صاحبه بقوله يا فاجر يا ظالم فليزجره وليضرب به على مثل هذا ما لم يكن
قائله ذا مروءة فليتجاف عن ضربه وقال ان لمز أحد الخصمين القاضى بما يكره أدبه والادب فى مثل
هذا أمثل من العفو ويمكن ان يقال انما جعل الادب فى مثل هذا أمثل من العفو لان الخصم لم يصرح
بايذاء القاضى وشتمه وانما لمزه بذلك فلذلك سوغ له حكم العفو ورجح عدمه وصرح خصمه بالشتم
فألزمه العقوبة ولم يسوغ العفو فيها وهذا الذى قلناه فى لفظة ينبغى هو مصطلح الفقهاء وقد أنكر
بعض الناس عليهم وقال ان قول القائل ينبغى لك أن تفعل مثل قوله يجب عليك أن تفعل انتهى
ففى كلامه ميل الى أن تأديبه يجب وفى كلام المصنف فى التوضيح ميل الى عدم الوجوب فمن رأى
أن فى ذلك انتصار الشرع قال بالوجوب ومن رأى أنه كالمنتقم لنفسه قال بعدمه فتأمله والله أعلم
وقال ابن عرفة وسمع ابن القاسم أرأيت من يقول للقاضى ظلمتنى قال مالك يختلف ولم يجد فيه
تفسيرا الان وجه ما قاله ان أراد أذاه والقاضى من أهل الفضل عاقبه وما ترك ذلك حتى خاصم أهل
الشرف فى العقوبة فى الالداد ابن رشد للقاضى الفاضل العدل أن يحكم لنفسه بالعقوبة على
من تناوله بالقول وآذاه بأن ينسب اليه الظلم والجور مواجهة بحضرة أهل مجلسه بخلاف ما شهد
به عليه انه آذاه به وهو غائب عنه لان مواجهته بذلك من قبيل الاقرار وله الحكم بالاقرار على من
انتهك ماله واذا كان له الحكم بالاقرار على من انتهك ماله كالحكم به لغيره كان أحرى أن يحكم
بالاقرار فى عرضه كما يحكم به فى عرض غيره لما فى ذلك من الحق لله لان الاجتراء على الحاكم بمثل
هذا توهين لهم فالمعاقبة فيه أولى من التجافى انتهى وهذه المسئلة فى رسم تأخير صلاة العشاء من
كتاب الأقضية وقال فيه بعد قوله وله الحكم بالاقرار على من انتهك ماله فيعاقبه به أى بالاقرار
ويتمول المال باقراره ولا يحكم فى شئ من ذلك بالبينة والاصل فيه قطع الصديق رضى الله عنه يد
الأقطع الذى سرق عقد زوجته انتهى فراجعه فانه مفيد وقوله فى السماع وما ترك ذلك الى آخره
هو كذلك فى البيان ولم أفهم معناه والله أعلم وسيأتى لفظه عند قوله ولا يحكم لمن يشهد له وسيأتى أيضا
شئ يتعلق بهذا المعنى عند قوله ومن أساء على خصمه وقوله الا فى مثل اتق الله فى أمرى مثل اذكر
وقوفك للحساب والذى عملته معى مكتوب عليك ونحوه مما هو وعظ وفيه اشارة فيعرض القاضى
عن الاشارة ويرفق به وقوله فليرفق به الرفق به مثل أن يقول له رزقنى الله تقواه أو يقول ما أمرت
الا بخير وعلينا وعليك ان نتقى الله أو ذكرنى واياك الوقوف للحساب والاعمال كلها مكتوبة والله
أعلم ص ﴾ ولم يستخلف الا لوسع عمله فى جهة بعدت ﴾ ش قال فى التوضيح ان أذن له فى

عليه فلا يقدم من يستعين به فى ذلك الا باذن الامام (فى جهة بعدت) * المتيطى اذا كان نظر القاضى واسعا وأقطار مصره متباينة فلا يرجع الخصوم الى المصر الا فيما قرب من الاميال القريبة لأن ما بعد يشق على الناس و يقدم فى الجهات البعيدة حكاما ينظرون للناس فى أحكامهم هذا هو المشهور فى المذهب ومنع ذلك ابن عبد الحكم الا باذن الامام انتهى أنظر هل هذا بالنسبة لكل امام قال ابن وهب ان كان الامام عدلا لم يجز لأحد أن يبارز العدو (١٠٥) الا باذنه وان كان غير عدل فليبارز وليقاتل بغير اذنه *

ابن رشد هذا كما قال ان الامام اذا كان غير عدل لم يلزم استئذانه فى مبارزة ولا قتال وانما يفترق العدل من غير العدل فى الاستئذان له لا فى طاعته اذا أمر بشئ أو نهى عنه ثم قال فواجب على الرجال طاعة الامام فيما أحب أو كره وان كان غير عدل ما لم يأمر بمعصية ومن المدونة ان دعاك امام جائر الى قطع يد رجل فى سرقة وأنت لا تعلم صحة ذلك الا بقوله فلا تجب الا أن تعلم عدالة البينة فعليك طاعته لئلا تضيع الحدود وحكى البرزلى عن الشيخ أبى عمران أنه ليس على الرجل شئ فى ضرب من قيل له ان لم تضر به خمسين سوطا ضربت عنقك قال البرزلى ومن هذا فتيا ابن عرفة بجواز الرفع لحكام الفحص فى الرعى لأنهم أشد فى الزجر من القضاة لكن هذا بشرط أن يعلم أنه يصل الى حقه بسطوة

الاستخلاف أو نص له على عدمه عمل على ذلك اه وقال ابن عبد السلام اذا نهى عن الاستخلاف فيتفق على منع الاستخلاف و يتفق أيضا على جواز الاستخلاف اذا أذن له فى ذلك من ولاه انتهى وقال ابن فرحون اذا أذن له فى الاستخلاف استخلف على مقتضى الاذن انتهى وقال فى المتيطية واذا كان الاستخلاف باذن الخليفة فلا تبالى كان القاضى حاضرا أو غائبا وكان الامام ولى قاضيين أحدهما فوق صاحبه انتهى وأصله فى النوادر انتهى وان تجرد العقد عن الاذن وعدمه فقال سحنون ليس له الاستخلاف وان مرض أو سافر وقال مطرف وابن الماجشون له ذلك اذا مرض أو سافر قال فى التوضيح ومقتضى كلام ابن الحاجب أن الاول هو المذهب عنده انتهى لكونه صدر به وهو ظاهر اطلاق المصنف والله أعلم وظاهره أنه يتفق مع عدم المرض والسفر على منع الاستخلاف ثم قال فى التوضيح عن ابن راشد ان هذا اذا استخلف فى البلد الذى هو فيه اما ان كان عمل القاضى واسعا فيريد أن يقدم فى الجهات البعيدة فالمشهور الجواز وقال ابن عبد الحكم لا يجوز الا باذن الخليفة انتهى (فروع) قال المازرى وعلى قول سحنون بانه لا يستخلف وان مرض أو سافر قال فان فعل فقضاء المستخلف لا ينفذ الا اذا نفذه القاضى الذى استخلفه انتهى من التبصرة لابن فرحون (فرع) منها قال فى وثائق ابن العطار ولا يسجل نائب القاضى بما ثبت عنده فان فعل فلا يجوز تسجيله و يبطل ولا يقوم به القائم حجة الا أن يجيزه القاضى الذى استخلفه قبل أن يعزل أو يموت وان كان استنابة القاضى لنائبه عن اذن الامام ورأيه وكان ذلك مستفيضا معروفا مشهورا كاشتهار ولاية القاضى فللنائب على هذا الوجه أن يسجل و ينفذ تسجيله دون اجازة القاضى وليس لأحد رده ولا الاعتراض فيه بوجه من الوجوه واذا قلنا النائب لا يسجل فله أن يسمع البينة و يشهد عنده الشهود فيما فيه التنازع وله قبول من عرف منهم بعدالة و يعدل عنده المقالات ثم يرفع ذلك كله الى القاضى الذى استخلفه و يخبره به بحضرة شاهدين ليثبت به ما عند القاضى اخباره له و يلزم القاضى أن يجيز حينئذ فعل نائبه و ينفذ ما ثبت عنده و يسجل به للمحكوم له انتهى وانظر قوله عن اذن الامام هل مراده الاذن العام فى التولية أو اذن خاص فى عين المستخلف والظاهر أن مراده الاول الا أن المتيطى ذكر هذه المسئلة اثر ذكره صفة الوثيقة والوثيقة فيها استئذان الامير فتأمله والله أعلم (فرع) فان رفع هذا المستخلف الى وظيفة القضاء فهل يستأنف ما كان بين يديه من الاحكام ثم يكملها بعد بالتسجيل فيها أم يصل نظره فيها بما تقدم منه فى ذلك الى تمام الحكم فاختلف فى ذلك فقال ابن عات بل يبنى على ما قد مضى من الحكومة ولا يبتدئها من أولها قال و بذلك أفتيت أبا على حسن بن ذكوان حين ارتفع من أحكام الشرطة والسوق الى أحكام القضاء و وافقنى أبو المطرف بن فرج وغيره على جوابى وقال غيره بل يبتدئ

الحاكم ولا يظلم خصمه أنظر فى المدارك فى رسم أسد بن الفرات وانظر قوله فى المدونة لئلا تضيع الحدود فهو فرع ان أتى الانسان لامام غير عدل فانظره هو ما يأتى عند قوله أو قاضى مصر (ان علم ما استخلف فيه) * ابن الحاجب يشترط علمه بما يستخلف فيه وقال ابن شاس يشترط فى خليفة القاضى صفات القضاة الا اذا لم يفوض له الا سماع الشهادة والنقل فلا يشترط من العلم الا معرفة ذلك القدر

النظر فيما كان جرى بعضه بين يديه ولم يكن كمل نظره فيه انتهى من المتيطية (فرع) قال ابن بطال في مقنعه قال محمد القاضي من روايته اذا عزل القاضي ثم ولي بعد ما عزل فهو كالمحدث لا يقبل شهادة من شهد عنده قبل أن يعزل فيما لم يتم الحكم فيه حتى يشهدوا به عنده وقال ابن سحنون وكان شجرة ولي قضاء بلده قبل ولاية سحنون ثم عزل ثم ولاه سحنون فكتب اليه ماترى فيما وقع عندي من البينات في المرة الاولى وما كنت عقلته يومئذ فكتب اليه طال الزمان جدا وأخاف حوالة البينات فالم تخف من هذا وصح عندك ما كنت عقلته ولم تسترب منه أمر افامضه انتهى وقول سحنون جار على مذهب المدونة خلاف القول الذي قدمه قال في أوائل كتاب الاقضية من المدونة واذا مات القاضي أوعزل وفي ديوانه شهادة البينات وعدالتها لم ينظر فيه من ولي بعده ولم يجزه الا أن تقوم بينة عليه وان قال المعزول مافي ديواني قد شهدت عليه البينة عندي لم يقبل قوله ولا أراه شاهدا فان لم تقم بينة على ذلك أمرهم القاضي المحدث باعادة البينة وللطالب أن يحلف المطلوب بالله ان هذه الشهادة التي في ديوان القاضي ماشهد بها أحد عليه فان نكل حلف الطالب وثبتت له الشهادة ثم نظر فيها الذي ولي بما كان ينظر المعزول قال أبو الحسن عياض أفادت هذه المسئلة بناء القاضي على حكم من قبله وأنه لا يلزمه الاستئناف والابتداء النظر وكذلك اذا انتقل من خطة حكم الى خطة حكم وقد كان نظر في صدر الخصومة في الخطة الاولى وبهذا أفتى ابن عتاب وغيره من القرطبيين ورأى غيرهم استئناف النظر ولا وجه له انتهى وقاله ابن رشد في أول مسئلة من كتاب الاقضية ولم يذكر فيه خلافا ونصه اثر قول العتبية سئل مالك عن الرجل يأتي بكتاب من والي مكة الى والي المدينة مثل القاضي والامير وما أشبهه فلا يصل الى المدينة حتى يموت الذي كتب له الكتاب وقضى له بالحق قال مالك فأرى لصاحب المدينة أن ينفذ ذلك الكتاب ويقضي له بما فيه أرأيت لو أن قاضيا قضى لرجل ثم هلك فجاء آخر بعده أكان ينقض ماقضى ذلك قال ابن رشد هذه مسئلة صحيحة بينة جارية على الاصول مثل مافي المدونة والواضحة وغيرهما لا اختلاف فيها ولا اشكال في معناها لانه لما كان الاصل أن للقاضي أن ينفذ ماثبت عنده من قضاء حكام البلد وان قد كانوا ماتوا أو عزلوا كما يعتقد ماثبت عنده من قضاء الحاكم قبله ببلد الميت أو المعزول وجب أن تنفذ كتبهم وان كانوا قد ماتوا أو عزلوا قبل وصول كتبهم اليه وقبل انفصالها عن ذلك البلد فيصل حكمه بحكمهم ويبنيه عليه كما ينفذ ماثبت عنده انه مضى من عمل الحاكم قبله المعزول أو الميت فيصل حكمه بحكمه ويبنيه عليه ولا يأمر الخصمين باستئناف الخصام عنده ان كان الشهود قد شهدوا عند الميت أو المعزول بما شهد على ذلك أو كتب به الى حاكم بلد آخر ثم مات أو عزل نظر الذي ولي بعده أو المكتوب اليه بما شهدوا به كما ينظر في ذلك الميت أو المعزول ولم يأمر باعادة الشهادة عنده وان كانوا قد شهدوا عنده فقبلهم أعذر الى المشهود عليه فيما شهدوا به دون أن ينظر الى شهادتهم وان كانوا قد شهدوا عنده فاعذر في شهادتهم الى المشهود عليه فعجز عن الدفع فيها أمضى الحكم عليه دون أن يستأنف الاعذار عليه مرة أخرى وهذا بين انتهى وعلى ذلك اقتصر المؤلف في آخر الباب حيث قال فينفذه الثاني وبنى كان نقل لخطة أخرى والله أعلم

(فرع) يتضمن الكلام على حكم قضاة الكور قال ابن رشد في نوازله في مسائل الاقضية مانصه * وأما السؤال العاشر فهو في قضاة الكور كغدة وجيان ووادآش واشباهها يغيبون عنها أو يمرضون أو يشتغلون هل يستنيبون من يحكم بين الناس بغير اذن من ولاهم من قضاة

القواعد وكيف ان فعلوا ذلك من غير مرض ولا مغيب الا تخفيفا عن شغوب الناس فهل تجوز أحكامهم ومخاطبتهم غيرهم من قضاة البلد وهل يجوز لهم ضرب الآجال أو التعجيز فى المطالب وهل يقيمون الحد فى الخمر وفى الزنا على البكر أم لا وكيف ان كان ذلك باذن قضاة القواعد فان كان ذلك جائزا فكيف يعرف الاذن فى ذلك باذن قاضى الكورة أم باعلام الذى ولاه وهذا قد تعذر معرفته بين لنا ذلك كله بيانا شافيا * الجواب عليه لا يجوز ان يستنيب غيره على شئ من الأحكام وهو حاضر غير مريض وأما ان غاب أو مرض فيجوز له ذلك ان كان الذى قدمه قد فوض اليه ذلك وجعله له فى تقديمه اياه وذلك معلوم من سيرة أحكامه فى الكور وينزل مستخلفه فى مرضه أو غيبته منزلته فى جميع الأمور وان لم يتضمن ذلك كتاب تقديمه اياه ولا كان ذلك معروفا من سيرة أحكامه فى الكور فلا يصح له الاستخلاف فان استخلف فى مرضه أو سفره وقال انه أذن له فى ذلك صدق فى قوله وجازت أحكام مستخلفه اذ قد قيل انه يستخلف فى مرضه وسفره دون اذن الذى قدمه ما لم يحجر عليه ذلك وبالله التوفيق انتهى كلام ابن رشد بلفظه ونقله البرزلى فى مسائل الأقضية وقبله (قلت) قضاة الكور هم النواب الذين يستخلفهم قضاة القواعد فى القرى وقوله فى الجواب لا يجوز له أن يستنيب غيره وهو حاضر غير مريض يريد ما لم يأذن له القاضى الذى قدمه فى الاستنابة مطلقا فان أذن له فى الاستنابة مطلقا ولم يسافر جازت له الاستنابة مطلقا بدليل أنه عول فى جواز الاستنابة ومنعها على اذن القاضى الذى قدمه دون ضرورة المرض والسفر فاجاز له أن يستنيب مع المرض أو السفر اذا أذن له فى ذلك من ولاه ومنع من الاستنابة اذا لم يأذن له ولو مرض أو سافر على القول الراجح فدل على ان المعوّل فى ذلك على الاذن وعلى هذا فيكون حكم النواب مع من استنابهم حكم القضاة مع السلطان فان منعهم الذى قدمهم من الاستنابة فلا يجوز لهم الاستنابة اتفاقا وان أجاز لهم الاستنابة جاز ان يستنيبوا على مقتضى الاذن فان كان الاذن مطلقا جازت الاستنابة مطلقا وان كان مقيدا بمرض أو سفر جازت الاستنابة فى المرض والسفر وان عرى عقد التولية عن الاذن وعدمه فالاصح أنه لا يجوز لهم الاستنابة مطلقا وقيل تجوز الاستنابة عند المرض والسفر هذا ما ظهر لى والله أعلم (مسئلة) قال البرزلى فى مسائل الأقضية لفظ الاستنابة والاستخلاف يقتضى النظر فى جميع الاشياء الا ما نص العلماء عليه فى الوصايا والاحباس والطلاق والتحجير والقسم والمواريث الا أن يقصره القاضى على نوع فلا يعدوه الى غيره انتهى ووقعت مسئلة وهى شخص ولاه السلطان بلدا وأعمالها وصرح له بالاذن فى الاستخلاف فعرض للقاضى المشار اليه سفر الى بلد السلطان ففوض جميع ما فوضه له السلطان لانسان وأسند اليه جميع ما هو داخل فى ولايته ومشمول بعمومها وصرح له بالتفويض ونصب النواب والعزل فأقام ذلك الانسان المفوض اليه قاضيا بمقتضى الاذن المشروح فهل استنابة الانسان المذكور المفوض له لهذا القاضى صحيحة أم لا واذا كانت صحيحة فهل يجوز التعرض لنقض أحكام هذا القاضى المشار اليه أم لا فأجاب الشيخ العلامة ناصر الدين اللقانى بما نصه قد نص علماؤنا على أن القاضى اذا فوض اليه الامام الأعظم القضاء وأذن له فى الاستخلاف جاز ذلك وعمل به وقد أشار الى ذلك ابن الحاجب بقوله ولو تجرد عقد التولية عن اذن الاستخلاف لم يكن له استخلاف فقال شارحه الشيخ خليل فى توضيحه ان أذن له فى الاستخلاف أو نص له على عدمه عمل على ذلك وقال ابن عرفة والقاضى ان أذن له فى استخلافه جاز استخلافه ومن المعلوم ان الاستخلاف فى هذه النصوص

لفظ عام يتناول كل استخلاف سواء كان استخلافا على نفس القضاء والحكم أو استخلافا على توليةوظيفة القضاء والحكم وان كان الاول هو الغالب فى الفعل عرفا وكونه هو الغالب فى الفعل عرفا لا يخصص العام لان المخصص للعام هو القول لا الفعل كما تقرر فى محله من أصول الفقه واذا تقرر عمومه فحيث فوض الامام الى القاضى القضاء وأذن له فى الاستخلاف كان الاذن المذكور اذنا له فى استخلاف من يباشر القضاء والحكم لمن يصلح شرعا فاذا فوض القاضى المذكور لانسان ما فوضه له السلطان من القضاء ومن الاستخلاف المذكور كان هذا التفويض من القاضى المذكور لذلك الانسان فى القضاء والاستخلاف صحيحا مأذونا له فيه من السلطان فاذا استخلف هذا الانسان فى وظيفة القضاء من هو أهل لذلك شرعا كان هذا الاستخلاف صحيحا معتبرا معمولا به لاستناده الى اذن السلطان فأقضية هذا المستخلف الأخير الذى استخلفه ذلك الانسان صحيحة وأحكامه نافذة لا يجوز التعرض لها بنقض ولا تعقب والله سبحانه أعلم بالصواب انتهى جوابه وما قاله ظاهر (فرع) فى استنابة القاضى بغير عمله قال البرزلى سألت شيخنا الامام عن مسئلة نصها جوابكم فى قاضى عمالة سافر الى غيرها وقد كان المقام العالى أسماه الله أذن له فى النيابة عنه فى عمالته بخلال ما يرجع اليها فسافر القاضى المذكور ولم يستنب وقد كان بدأ الحكم فى قضية تدمية بشهادة عدول ولم يكملها فرغبه بعد سفره المذكور أهل القضية المذكورة فى الاستنابة فيها حتى يكمل فهل يسوغ له ذلك فى القضية المذكورة وهو بغير عمالته لاستناده الى ما سبق له فيها من اذن الامام أم لا يسوغ له ذلك لكونه كحكمه فى غير عمله وكيف ان سوغتم له الاذن فهل يكفى خطه لمن استنابه وعينه لذلك أم لا بد من الاشهاد عليه فى الاستنابة المذكورة بغير عمالته فان استناب على أحد الوجهين وقد كان شهد عنده العدول فى التدمية المذكورة ومن فصولها أنهم لا يعلمون الميت المذكور برئ من الجرح المذكور الى أن مات فشهد عند النائب عنه شهود استرعاء زكاهم عدول بان الميت المذكور مات عن صحة بينة ليس من جرح بحال فهل يعمل على هذه الثانية لكونها أثبتت غير ما ذكرته الاولى وان كانت الاولى أعدل أم لا فان عمل على الثانية فهل يلزم المدعى عليه أدب أو يسرح وان حكم بأدبه فهل يكفى ما مضى من سجنه وله اليوم قريب من ثلاثة أشهر مسجون مصفد فى الحديد أم لا أفتنا بالجواب فى ذلك فأجاب الاستنابة المذكورة صحيحة عاملة ولا يدخلها الخلاف الحاصل من نقل ابن سهل لان سماع البينة أقرب للحكم من مجرد الاستنابة و يقوم جوازها من مسئلة العريش من المدونة وثبوت البينة للحكم بالصحة المذكورة و يسقط حد الضرب والسجن وتقدم حبسه المذكور يسقط استئناف أدبه و يكفى فيه والله أعلم انتهى جوابه وما ذكره من أن الاستنابة أخف من سماع البينة يشهد له ما تقدم لابن رشد أنه يكفى فيها خط القاضى وقبول قوله ان وقع وما ذكره من أنه يقوم جوازها من مسئلة العريش هى من اكترى دابة من رجل ليحمل عليها دهنا من مصر الى فلسطين فغره منها فعثرت بالعريش ضمن قيمة الدهن بالعريش وقال غيره قيمته بمصر ان أراد لانه منها تعدى (قلت) فاذا اعتبر على قول الغير محل الاذن فهل محل القاضى هنا فلا يستنيبها الا انه فى غير محله ومن اعتبر ما آل اليه الامر وهو وقوع العثور فينظر تحصيله فتى ما حصل رتب الحكم عليه فيتخرج على هذا خلافا فى هذه المسئلة وما ذكره من اعمال شهادة الصحة هو أحد الاقوال من مسائل منها شهادة الصحة والمرض و يليها الحكم للأعدل وما ذكره من ان ما مضى يكفى فى أدبه هو اختيار ابن الحاج على ما يأتى اذا سقط الدم بأى وجه سقط فيؤدب بحسب

الاجتهاد ولا يبلغ به السنة خلاف اختيار ابن رشد اذا قوى طلب الدم ثم سقط الموجب فلابد من استئناف ضرب مائة وحبس سنة انتهى كلام البرزلى وماذكره من انه تقدم لابن رشد هو مانصه وسئل عمن يستنيبه القاضى فى المسئلة هل يكتفى المستناب بخطه الى أمير المصر أو جماعته كما يكتفى بخط السلطان فى التقليدات كلها حسبما نص عليه أهل العلم اذ هى استنابة أم لابد من اثبات ذلك بشاهدين كسائر الأحكام فأجاب بأنه يكتفى فيه بأيسر الأشياء من معرفة الخط وشبهه اذ لم يقتض حكما يلزم ثبوته ولو نهض المستناب لما أمر به من غير كتاب لمضى الأمر كما لو كان الكتاب (قلت) شبه مالو حكما رجلين بينهما انتهى ويقع فى نسخ البرزلى كما يكتفى بخط السلطان فى الشهادات والذى فى كتاب الأقضية من نوازل ابن رشد فى التقليدات كما تقدم وهو الصواب ومسئلة العريش فى كتاب كراء الدواب والرواحل من المدونة فى أواخره وفلسطين بكسر الفاء والعريش بفتح العين المهملة موضع قاله فى التنبيهات والله أعلم (فرع) قال فى الارشاد وله الاستعانة بمن يخفف عنه النظر فى الاحباس والوصايا وأموال اليتامى قال الشيخ زروق فى شرحه قال فى الجواهر ينبغى له أن يستبطن أهل الخير والامانة والعدالة ليستعين بهم على ماهو بسبيله ويقوى بهم على التوصل الى ماينوبه ويخففوا عنه مايحتاج فيه الى الاستنابة فيه كالنظر فى الاحباس والوصايا والقسمة وأموال الأيتام وغير ذلك قال والأقرب عندى أنه ان كان عاجزا عن ذلك الا بهم فهو واجب والا فستحب انتهى وقال المتيطى للقاضى أن يقدم على المناكح ناظرا ينظر فيها ويتولى عقد فصولها ومعانيها ويجوز للمقدم النظر فيما قدم من ذلك عليه دون مطالعة من ولاه ومشاورته ونقله عنه ابن عرفة ثم قال المتيطى قال بعض الموثقين ولا مدخل لهذا المقدم عندى فى العقد على من لها ولى حاضر يعضلها عن النكاح لان ذلك يحتاج الى ثبوت عضلها والحكم بالنكاح عليه الا أن يكون لعضله وجه يعرف وليس ذلك لصاحب هذه الخطة الا أن ينص على ذلك فى تقديمه نصا ومنه وللقاضى أن يقدم على الحسبة ناظرا ينظر فيها وللقاضى تقديم صاحب الاحباس لينظر فى حبسات جامع حضرته ومساجدها واصلاح ماهى ومنها وكرائها وقبض غلاتها ويصرفه فى مصالحها وذلك من الأمور التى لابد منها ولا غنى عنها وهى من أهم ماينظر فيه ويقدم له وتجوز أفعال المقدم بذلك ماوافق السداد ولم يخرج عن طريق الاجتهاد انتهى (فرع) قال فى التوضيح ابن محرز ولم يختلفوا ان القاضى ليس له أن يوصى بالقضاء عند موته لغيره بخلاف الوصى والامام الاكبر وضابط ذلك أن كل من ملك حقا على وجه لا يملك معه عزله فله أن يوصى به ويستخلف عليه كالخليفة والوصى والمجبر يعنى فى النكاح على ماذهب اليه ابن القاسم وامام الصلاة وكل من ملك حقا على وجه يملك معه عزله عنه فليس له أن يوصى به كالقاضى والوكيل ولو كان مفوضا اليه أو خليفة القاضى للايتام وشبه ذلك انتهى وقال ابن عرفة وفى النوادر عن الواضحة وظاهره أنه لابن الماجشون ليس للقاضى أن يستخلف بعد موته انتهى وانظر قوله فى التوضيح عن ابن محرز وامام الصلاة ظاهره أنه لا يملك الامام عزله وقال فى الذخيرة فى الباب العاشر فى العزل مانصه الفرع السابع قال بعض العلماء من التصرفات ماتتوقف صحته على الولاية كالقضاء والوكالة والخلافة ومنها مايصح بغير ولاية كالخطابة والامامة فالقسم الاول يقبل العزل من جهة المولى والمتولى والقسم الثانى لا يقبل العزل الا من جهة المتولى بل من جهة المولى لان الخطابة لا تنفك عن المتصف بها حتى تذهب أهليته فلا يتمكن من عزل نفسه لان صحة تصرفه لا تكفى فيه الأهلية فلعزله نفسه أثر فكان متمكنا وأما مايطلق للخطيب فتركه إياه

(وانعزل بموته) * ابن شاس لومات القاضى وقداستخلف مكانه رجلاوقال له سرمكانى ونفذما كنت صدرت فيه للقضاء واقض فلاقضاء له ولاسلطان وليس للقاضى أن يستخلف بعدموته (هو بموت الامير ولوالخليفة) قال أصبغ لا يعزل القاضى بموت موليه الامام أوأميره المتيطى وليس للقاضى أن يستخلف قاضيامكانه و يريح نفسه الاان سافرأومرض فان كان ذلك باذن الامام فلاتبالى كان القاضى غائبا أو حاضرا وكان الامام ولى قاضيين أوأحدهما فوق صاحبه ثم قال للقاضى تقديم مقدم على الاحباس للنظر فيها واصلاح ماوهى منها وكرائها وقبض غلاتها وتصرفه فى مصالحها و يجوز افعال المقدم لذلك مما يوافق السداد ولم يخرج عن طريق الاجتهاد واذاتوفى القاضى المقدم له أوعزل فتقديمه تام اذليس ينفسخ تقديم قاض بموته ولاعزله حتى ينقضه الوالى بعده ثم قال وكذلك اذامات الامام الذى تؤدى اليه الطاعة وقدقدم قضاة وحكاماوولى الامر غيره وقضاء الحكام الذين قدمهم الامام الميت والقاضى يقضيه بين موت الامام الاول وقيام الثانى أو بعدقيامه وقبل أن تنفذ اليهم الولاية و يمضى لهم الحكومة فيما قضوا به فى الفترة وحكموافيه فأقضيتهم نافذة وأحكامهم جائزة وسجلاتهم ماضية وهى بمنزلة ولاة الايتام يقدمهم القاضى على النظر للايتام ثم يموت القاضى أو يعزل فتقديمه لهم ماض وفعلهم جائز لا يحتاج الى أن يمضيه القاضى الذى ولى بعده اه

انظر هذا مع قوله وان عزل بموته (ولا تقبل شهادته بعده انه قضى بكذا) ابن الحاجب لو قال بعد العزل قضيت بكذا أو أشهد انه قضى بكذا لم يقبل * ابن عرفه ومفهوم قوله بعد العزل انه قبل العزل يقبل قوله مطلقا وليس كذلك سمع أصبغ ابن القاسم شهادة القاضى بقضاء قضى به وهو معزول أوغير معزول لا يقبل * ابن رشد فى هذه المسئلة معنى خفى وهوان قول القاضى قبل عزله قضيت بكذا لا يقبل ان كان بمعنى الشهادة كتخاصم رجلين عندقاض فيحتج أحدهما بأن قاضى بلد كذا قضى لى بكذا أوثبت عنده كذا فيسئله البينة على ذلك فيأتيه بكتاب من عنده انى حكمت لفلان أوانه ثبت عندى لفلان كذا فهو لا يجوز لانه شاهد ولوأتى الرجل ابتداء للقاضى فقال له خاطب لى قاضى بلد كذا بماثبت لى عندك على فلان أوفيما حكمت لى به عليه فخاطبه بذلك قبل ذلك لانه مخبر لا شاهد كما يقبل قوله و ينفذ فيما يسجل به على نفسه و يشهد به من الاحكام مادام فى قضائه انظر هذا بعدقوله أوشهودا (وجاز تعدد مستقل أوخاص بناحية أونوع والقول للطالب) ابن عرفه يجوز تولية قاضيين ببلد على أن يخص كل منهما بناحية من البلد أونوع من المحكوم فيه لان هذه الولاية يصح فيها التخصيص والتحجير ولواستثنى فى ولايته أن لا يحكم على رجل معين صح ذلك اه * قال البرزلى وكذا فعل شيخنا الامام حين قدم القسطنطينى جعل له أن لا يحكم عليه فى مدرسته وامامته وماتحت يده وقال أصبغ ان منع الامام قاضيه الحكم بين خصمين فان كان قبل ان يتبين له الحق اطاعه والا أنفذه الا أن يعزله رأسا * قال ابن فتحون وقد تنفرد القضاة ببعض البلد بخطة المناكح فيولاها على حدة * ابن عرفه كما فى بلدنا تونس قديما وحديثا من تخصيص أحدهما بأحكام النكاح ومتعلقاته والآخر بماسوى ذلك قال وكذا على عدم التخصيص مع استقلال كل منهما بنفوذ حكمه ومنعه بعضهم خوف تنازع الخصوم فيمن يحكم بينهم ومقتضى أصول الشرع جوازه والتنازع يرتفع شغبه باعتبار قول الطالب (ثم من سبق رسوله

ليس عزلا وعلى هذا ليس للخليفة فى نصب الخطيب الاتسويغه المطلق للخطابة لانه يفيده أهلية التصرف ومنع المزاحمة للخطيب والامام بعد الولاية فليس ذلك ولاية انماهو من صون الأئمة عن أسباب الفتن والفساد و يظهر لهذا البحث أن صحة التصرف فى الخطيب سبب الولاية وفى القاضى ونحوه الولاية سببه فبين البابين فرق عظيم فلذلك يقبل أحدهما العزل مطلقا دون الآخر انتهى وفى أسئلة الشيخ عزالدين بن عبدالسلام ماتقول فى الائتمام بالمستخلف فى الامامة اذالم يأذن الناظر فى ذلك هل يجوز (فأجاب) الائتمام بالمستخلف صحيح لان الائتمام لا يتوقف الا على صحة الصلاة وصلاته صحيحة مسقطة للقضاء فجاز الائتمام به انتهى (فرع) علم من قوله فى التوضيح بخلاف الوصى أن للوصى أن يوصى بما اليه وأن يوكل غيره فى حياته قال فى المتيطية ولا يجوز لمقدم القاضى على النظر لليتيم أن يوكل ماجعل اليه أحدا غيره حي أومات ولا أن يوصى به الى أحد وهو خلاف وصى الأب وقاله ابن أبى زمنين وابن الهندى وغيرهما من الموثقين وحكى بعض الموثقين ان الذى مضى عليه الحكم ان حكم مقدم القاضى على من قدم عليه كحكم الوصى من قبل الأب فى جميع أموره لان القاضى أقامه مقام الوصى قاله بعض الشيوخ فعلى هذا يكون لمقدم القاضى أن يوكل فى حياته من يقوم على المحجور مقامه انتهى ص ﴿ وانعزل بموته ﴾ ش قال ابن الحاجب واذامات المستخلف لم ينعزل مستخلفه ولوكان الخليفة قال فى التوضيح المستخلف بكسر اللام ومستخلف

بفتحها وظاهره الاطلاق فيتناول الامام والأمير والقاضى وهو مقيد بما عدا القاضى ونائبه فان نائب القاضى ينعزل بموت القاضى نص عليه مطرف وأصبغ وابن حبيب ابن رشد ولا أعلمهم اختلفوا فيه قيل ولعله أراد المتقدمين والا فقد نقل ابن العطار الخلاف عن فقهاء زمانه فى موت الامام وجعلوا مثله مقدم القاضى للنظر على الأيتام انتهى وانظر هذا الذى ذكره المؤلف مع مانقله ابن عرفة عن المتيطى ونصه المتيطى ولا ينعزل مقدم القاضى عن يتيم بموته أو عزله ولا خلاف فيه ابن العطار اختلف فيها فقهاؤنا ولذا استحسنوا ذكر امضاء الثانى تقديمه انتهى ونص المتيطية لما أن تكلم على تقديم القاضى ناظر الاحباس واذا مات القاضى المقدم له أو عزل فتقديمه تام حتى ينقضه الوالى الذى بعده لعلة ما الا الاستغناء أو لريبة تظهر من المقدم وليس يحتاج أن يقول فيما يدفعه من النفقات وغيرها قبل أن يعزل الوالى الثانى ان الوالى أمضاه اذ ليس ينفسخ تقديم قاض بموته ولا عزله حتى ينقضه الوالى بعده وبه صرح عن فسخه وعزله لان القاضى المفتى أو المعزول قدمه فى وقت يجوز له فيه التقديم فذلك على التمام حتى ينقضه الوالى بعده لعلة ما كما قدمناه وتقديمه من نظر أحكامه التى لا تنقض بموته ولا بعزله وكذلك اذا مات الامام الذى تؤدى اليه الطاعة وقد قدم قضاة وحكاما فأقضيتهم نافذة وأحكامهم جائزة فيما بين موت الأول وقيام الثانى وكذا بعد قيامه وقبل أن ينفذ لهم الولاية وهم بمنزلة ولاة الأيتام يقدمهم القاضى ثم يموت أو يعزل فتقديمه لهم ماض وفعلهم جائز ولا يحتاج أن يمضيه القاضى الذى ولى بعده قال ابن العطار ونزلت عندنا واختلف فيها فقهاؤنا وفيها اختلاف قد قيل ان أحكامهم فى الفترة غير نافذة وينقض ما حكموا به قبل أن يمضى الامام القائم تقديمهم و ولايتهم قال وتنعقد عنده على هذا المذهب فى أمر المقدمين للأيتام أن يذكر امضاء القاضى الثانى للتقديم للخروج من الخلاف ويوجد هذا العقد فى الوثائق القديمة ولم يلتزم الشيوخ قديما عقده الا للاختلاف الواقع فيه فيخرج بذكره من الخلاف قال والقول الأول فى أن أحكام الحكام نافذة قبل امضاء الامام الوالى لولايتهم أحسن انتهى فتأمله والله أعلم قال ابن عبد السلام وعندى ان ماقالوه من انعزال نائب القاضى بموت القاضى صحيح ان كان القاضى استنابه بمقتضى الولاية على القول بان له ذلك وأما ان استناب رجلا معينا باذن الامام الأمير أو الخليفة فينبغى أن لا ينعزل ذلك النائب بموت القاضى ولو أذن له فى النيابة اذنا مطلقا فاختار القاضى رجلا ففى انعزاله بموت القاضى نظر انتهى قال فى التوضيح وانظر ما الفرق بين نائب القاضى فى انعزاله و بين نائب الأمير فى عدم انعزاله وقد استشكله فضل وغيره انتهى وقال البرزلى فى أوائل النكاح وسئل ابن رشد عن أمير مدينة كتب الى الأمير الأعلى فى تقديم قاض وعين رجلا فكتب اليه بتوليته ففعل وكتب له صكا بتقديمه على أمر الأمير الأعلى فحكم بذلك ثم ولى صاحب مناكح فحكم بطول حيات القاضى وهو يعلم الأمير فمات القاضى وبقى صاحب المناكح على خطته وطريقته من شهادة الفقهاء عنده والاعلام بذلك فيما يرجع للنكاح والطلاق فهل تحترم أحكامه بعد موت القاضى أو تفسخ فأجاب لا تنقض أحكامه بموت القاضى وهو على خطته حتى يعزله من ولى بعد الأول وفعله جائز صحيح (قلت) لان من ولى القاضى الأول مطلع على تقديم هذا فكأنه قدمه ومثله مقدم القاضى على محجوره اذا عزل القاضى فالمقدم على حاله لا يغير لان ما فعله القاضى فى غيره وتقرر حكمه فيه فانه ماض لا يغيره عزله ولا موته انتهى وفى مسائل الأقضية من نوازل ابن رشد ومن حق الوصى اذا عزله غير الذى قدمه أن يبين له القاضى الذى عزله الوجه

والأقرع) المازرى لو فرضنا الخصمين جميعا طالبين كل منهما يطلب صاحبه فلكل واحد منهما أن يطلب حقه عند من شاء من القضاة و يطلب الآخر حقه عند من شاء وان اختلفا فيمن يبدأ بالطلب وفيمن يذهبان اليه من القاضيين أوجبت للسابق من رسل القاضيين وان لم يكن لاحدهما ترجيح بسبق الطلب على الآخر ولا بغير ذلك أقرع بينهما (كالادعاء) ابن شاس لو نصب فى بلد قاضيان ثم تنازع الخصمان فى الاختيار أو ازدحم متداعيان فالقرعة

(وتحكيم) من المدونة وغيرها لو أن رجلين حكما بينهما رجلا فحكم بينهما أمضاه القاضى ولا يرده الا أن يكون جورا بينا * ابن عرفة ظاهره ولو كان مخالفا لما عند القاضى ابن الحارث قال ابن القاسم ليس له فسخه ان خالف رأيه اللخمى انما يجوز التحكيم بعدل مجتهد أو عامى يحكم باسترشاد العلماء وتحكيم غيرهما خطر ولا لعذر فى الحكم أشد منه فى البيع المازرى وتحكيم الخصمين غيرهما جائز كما يجوز أن يستفتيا فقيها يعملان بفتواه فى قضيتهما * ابن عرفة ظاهر قولهما جوازه ابتداء ولفظ الروايات انما هو بعد الوقوع وانظر هل لاحدهما الرجوع قال مالك لا رجوع لاحدهما بخلاف ما لو قضيا بشهادة شاهد فللمشهود عليه الرجوع (غير خصم) ابن الحاجب لو حكم خصمه فثالثها يمضى مالم يكن خصمه القاضى * ابن عرفة القول بعدم مضيه مطلقا لا أعرفه ونقل اللخمى والمازرى عن المذهب جواز تحكيم الخصم خصمه مطلقا وقال أصبغ لا أحب لخصم القاضى أن يحكمه فيما بينهما فان نزل مضى وقال مطرف وابن الماجشون ان حكم أحد الخصمين صاحبه مضى مالم يكن جورا * ابن عرفة ينبغى ان كان جورا عليه ماليا امضاؤه لانه منه معروف لخصمه راجع ابن عرفة (وجاهل وكافر وغير مميز) اللخمى اختلفت أقوال من يذكر بعد على أن لا يحكم جاهل بالحكم لانه تخاطر ولا يجوز تحكيم كافر ولا مجنون ولا موسوس اتفاقا (فى مال وجرح) ابن عرفة ظاهر الروايات انما يجوز التحكيم فيما يصح لاحدهما ترك حقه فيه * اللخمى وغيره انما يصح فى الأموال وما فى معناها * سحنون ولا ينبغى فى حد ولا لعان انما هما للقضاة الأمصار العظام * أصبغ ولا فى قصاص ولا حد ولا قذف ولا طلاق ولا عتق ولا نسب ولا ولاء لانها للامام زاد فى المنتقى عن أصبغ فان حكما فى ذلك نفذ حكمه ونهاه السلطان عن العودة ولما ذكر ابن يونس قول سحنون ولا ينبغى للذى حكمه رجلان أن يقيم حدا قال وأما الجراح فاذا أقاده من نفسه فلا بأس أن يستقيد اذا كان بعيدا عن السلطان (لا حد ولعان وقتل وولاء ونسب وطلاق وعتق) تقدم النص بهذا كله

الذى من أجله عزله وان يعذر اليه فيمن شهد عليه بالمعنى الذى أوجب عزله اذ ليس له أن يعزله الا بأمر يثبت عليه عنده وأما ان عزله الذى ولاه فان كان عزله بأمر رآه باجتهاده فليس عليه أن يعلمه به وان كان عزله لجرحة ثبتت عنده عليه فمن حقه أن يعذر اليه فى ذلك وان عزل الوصى نفسه عن النظر لليتيم فليس له ذلك الا من عذر لانه حق لليتيم أوجبه على نفسه انتهى وذكر فيه فى أوائل الأقضية عزل القاضى من قدمه غيره من قاض أو وصى أو غيره وعزل نفسه ص ﴿ وتحكيم غير خصم ﴾ ش قال ابن الحاجب فلو حكم خصمه فثالثها يمضى مالم يكن المحكم القاضى قال ابن عبد السلام هذه الأقوال صحيحة حكاها غير واحد وأشار بعضهم أو صرح بنفى الخلاف فى أن حكمه غير ماض وحكى بعضهم أنه يمضى لكنه لم يتعرض الى نفى الخلاف انتهى ونقله فى التوضيح وجزم ابن فرحون فى تبصرته بالجواز فقال مسئلة واذا حكم أحد الخصمين صاحبه فحكم لنفسه أو عليها جاز ومضى مالم يكن جورا بينا وليس تحكيم الشخص خصمه كتحكيم خصم القاضى قال أصبغ لا أحب ذلك فان وقع مضى وليذكر فى حكمه رضاه بالتحاكم اليه وقيل لا يجوز حكمه لنفسه وقيل يجوز انتهى فتأمله وظاهر كلامهم أن هذا بعد الوقوع وانظر هل يجوز ابتداء وانظر قول ابن فرحون جاز ومضى هل معناه جاز ابتداء أو بعد الوقوع والنزول فتأمله ص ﴿ وجاهل ﴾ ش قال فى التوضيح قال ابن راشد وأشار المازرى واللخمى الى أن الجاهل يتفق على بطلان حكمه لان تحكيمه خطر وغرر ثم قال فى التوضيح ونص اللخمى على أنه لا يلزم حكم المحكم اذا كان مالكيا والخصمان كذلك اذا خرج عن قول مالك وأصحابه وان لم يخرج باجتهاده عن ذلك لزم انتهى وفى التبصرة لابن فرحون اذا حكم الحاكم فليس لأحد أن ينقض حكمه وان خالف مذهبه الا أن يكون جورا بينا لم يختلف فيه أهل العلم وقال اللخمى انما يجوز التحكيم اذا كان المحكم عدلا من أهل الاجتهاد أو عاميا واسترشد العلماء فان حكم ولم يسترشد رد وان وافق قول قائل لان ذلك تخاطر منهما وقال المازرى لا يحكم الا من يصح أن يولى القضاء قال فاذا كان المحكم من أهل الاجتهاد مالكيا ولم يخرج باجتهاده عن مذهب مالك لزم حكمه وان خرج لم يلزم اذا كان الخصمان مالكيين لانهما لم يحكماه على أن يخرج عن قول مالك وأصحابه وكذلك اذا كانا شافعيين أو حنفيين وحكماه على مثل ذلك لم يلزم حكمه ان حكم بينهما بغير ذلك انتهى فتأمل آخر كلامه مع أوله والظاهر أن الأخير مقيد للاول وظاهر قوله اذا كان مالكيا ولم يخرج عن مذهب مالك لزم حكمه سواء كان الخصمان كذلك أم لا ومفهوم قوله اذا كان الخصمان مالكيين انهما لو كانا شافعيين وحكم

بينهما بمذهبهما وترك مذهبه لزم حكمه فتأمله والله أعلم وقال فى الذخيرة بعدما نقل كلام اللخمى وهذا الكلام يقتضى ان مراده بالاجتهاد الاجتهاد فى مذهب معين لا الاجتهاد على الاطلاق انتهى وفى العمدة واذا حكما رجلا ورضيا بحكمه لزمهما حكمه اذا كان جائزا شرعا وان خالف حكم البلد بخلاف التحكيم فى الشهادة فله الرجوع عنه انتهى يعنى والله أعلم اذا قال ماشهد به على فلان فهو حق ص ﴿ ومضى ان حكم صوابا وأدب ﴾ ش ظاهر كلام المؤلف أنه يؤدب سواء أنفذ الحكم أم لم ينفذه بنفسه ولكنه حكم به ورفعه الى القاضى ينفذه والذى حكم به نقله فى التوضيح وابن عبد السلام وابن عرفة وفى الذخيرة وابن يونس وابن فرحون ان الأدب انما يكون اذا أنفذ الحكم بنفسه أما اذا حكم ولم ينفذ فان القاضى يمضى حكمه وينهاه عن العودة ونص ما فى التوضيح قال أصبغ اذا حكم فيماذكرنا انه لا يحكم فيه فان القاضى يمضى حكمه وينهاه عن العودة زاد ابن عبد السلام ويقيم الحد وغيره انتهى ثم قال فى التوضيح وان فعل المحكم ذلك بنفسه فقتل أواقتص أوحد ثم رفع ذلك الى الامام أدبه السلطان وزجره وأمضى ما كان صوابا من حكمه انتهى ونقله القرافى وغيره عن سحنون وزاد القرافى وابن فرحون بعد هذا الكلام الأخير وبقى المحدود محدودا والتداعى ماضيا اه فتأمل ذلك فانه ينبغى أن يقيد به كلام المؤلف والله أعلم ص ﴿ وفى صبى وعبد الخ ﴾ ش تصوره واضح وأدخل معهم ابن رشد المولى عليه نقله عنه الشيخ أبو الحسن فى كتاب الأقضية عند قوله ولو ان رجلين حكما رجلا والمستثنى فى القول الثالث والرابع هو ماذكره المصنف على حاله فتأمله والله أعلم ص ﴿ وضرب خصم لد ﴾ ش قال فى أول كتاب الأقضية من المدونة ولا بأس ان يضرب الخصم اذا تبين لدده أبو الحسن قوله اذا تبين لدده معناه اذا ثبت ببينة اذ لا يقضى بعلمه الا فى التعديل والتجريح انتهى وفى رسم تأخير صلاة العشاء من سماع ابن القاسم من كتاب الأقضية سئل مالك عن الرجلين اذا اختصما والد أحدهما فعرف ذلك منه القاضى أترى أن يعاقبه فقال نعم اذا تبين ذلك منه ونهاه فأرى أن يعاقبه قال ابن رشد هذا كما قال لان لدد أحد الخصمين بصاحبه اذاية له واضرار به وواجب على الامام أن يكف أذى بعض الناس عن بعض ويعاقب عليه بما يؤدى اليه اجتهاده انتهى ومثله فى سماع أصبغ فتأمل كلام ابن رشد فانه يدل على أنه واجب وقال ابن فرحون فى الأمور التى ينبغى للقاضى منع الخصوم منها ان الغريم اذا دعا غريمه فلم يجبه أدبه وجرحه ان كان عدلا فان تغيب شدد القاضى عليه فى الطلب وأجرة الرسول على الطالب فان تغيب المطلوب وتبين لدده فالاجرة عليه ونحو ذلك للخمى وقال ابن الفخار ولا يلزم المدعى عليه شئ والمرجح عندهم الاول وانظر أحكام ابن سهل والمسئلة مبسوطة فى باب القضاء بالنكول عن مجلس القاضى وفى مفيد الحكام لابن هشام من استهان بدعوة القاضى أو الحاكم ولم يجب ضرب أربعين ثم قال ومنها أنه ينبغى له أن يمنع من رفع الصوت عنده فان ذلك مما يبرمه ويضجره ويحيره انتهى ص ﴿ وعزله لمصلحة ﴾ ش ابن عرفة ويجب تفقد الامام حال قضاته فيعزل من فى بقائه مفسدة وجوبا فورا ومن يخشى مفسدته استحبابا ومن غيره أولى منه عزله راجح انتهى ثم قال المازرى اذا كان فى العزل مصلحة للعامة أمر الامام بالمناداة اليه وان وجد الامام أفضل ممن ولى فله عزله لتولية الافضل وان لم يجد الا من هو دونه فلا يعزله فان عزله فلا ينفذ عزله (قلت) فى عدم نفوذ عزله نظر لانه يؤدى الى لغو توليته غيره فيؤدى ذلك الى تعطيل أحكام

أصبغ ان حكماه فيماذكرنا انه لا يحكم فيه أنفذ السلطان حكمه فى القود والحد ونهاه عن العودة وان كان هو أقام ذلك فقتل واقتص وضرب الحد زجره الامام وأدبه وأمضى صواب حكمه (وفى صبى وعبد وامرأة وفاسق ثالثها الا الصبى ورابعها وفاسق) أشهب تحكيم الصبى والمسخوط لغو بخلاف المرأة والعبد وكذا قال أصبغ ان حكما امرأة فحكمها ماض وان كان مما اختلف فيه وكذا العبد قال ابن حبيب وبه آخذ قال أصبغ وكذلك المسخوط اذا أصاب والمحدود والصبى اذا عقل وعلم رب غلام لم يبلغ له علم بالسنة والقضاء وقال سحنون لو حكما مسخوطا أو امرأة أو عبدا فحكم بينهما فحكمه باطل وفى الواضحة وكذلك الصبى من المنتقى (وضرب خصم لد) سمع ابن القاسم ان لد أحد الخصمين بصاحبه وتبين ذلك فللقاضى أن يعاقبه * ابن رشد لان لدده اذاية واضرار فواجب على الامام أن يكفه ويعاقبه عليه بما يراه وفى حفظى عن بعضهم ان قال لخصمه ظلمتنى أوغصبتنى ونحوه بالفعل الماضى أوتظلمنى فلاشئ عليه وان قال ياظالم ونحوه باسم الفاعل أدب (وعزله لمصلحة

ولم ينبغ ان شهر عدلا بمجرد شكية) المتيطي ينبغي للامام أن يتفقد أحوال قضاته وأمور حكامه وولاته ويتطلع أحكامهم ويتفقد قضاياهم فانهم سنام أموره ورأس سلطانه ويسئل عنهم أهل الصلاح والفضل وان كانوا على ما يجب أقرهم وان تشكى بهم عزلهم وان كانوا مشهورين بالعدل والصلاح وقد عزل عمر سعدا وقال والله لا يسئلني قوم عزل أميرهم ويشكونه الا عزلته عنهم مع علمه رضي الله عنه ببراءة سعد وقال مطرف ليس للسلطان أن يعزل قاضيه بالشكية اذا كان عدلا وان وجد منه بدلا * ابن عرفة يجب تفقد الامام حال قضاته فيعزل من في بقائه مفسدة وجوبا فوريا ومن تخشى مفسدته استحبابا ومن غيره أولى منه عزله أرجح (وليبرئ عن غير سخط) أصبغ لا بأس اذا عزله أن يخبر الناس ببراءته كما فعل عمر بشرحبيل اذ عزله فقال له أعن سخطة عزلتني قال لا ولكن وجدت من هو مثلك في الصلاح وأقوى على عملنا منك فلم أر أن يحل لي الا ذلك فقال يا أمير المؤمنين ان عزلك عيب فاخبر الناس بأمري ففعل فان عم التشكي بالقاضي عزله وأوقفه للناس بعد ذلك فيأتي كل رجل بظلامته وشكواه (وخفيف تعزير بمسجد لا حد) من المدونة لا بأس بيسير الأسواط أدبا في المسجد وأما الحدود وشبهها فلا (وجلوس به) من المدونة قال مالك القضاء بالمسجد من الحق وهو من الامر القديم لانه يرضى فيه بالدون من المجلس وتصل اليه المرأة والضعيف وروى ابن حبيب يجلس برحاب المسجد وهذا أحسن لقوله صلى الله عليه وسلم جنبوا مساجدكم رفع أصواتكم وخصوماتكم (بغير عيد وقدوم حاج وخروجه ومطر ونحوه) اللخمي يلتزم وقتا من النهار ليعلمه أهل الخصومات لانه ان اختلف أضر بالناس ولا يجلس أيام الأعياد قال ابن عبد الحكم ولا قبلها كيوم التروية وعرفة يريد وان لم يكونوا في حج ولا يوم خروج الحاج بمصر لكثرة من يشتغل يومئذ بمن يسافر وكذا في الطين والوحل وكل هذا ما لم يكن ضرورة ممن ينزل به أمر (واتخاذ حاجب وبواب) أصبغ حق على الامام أن يوسع على القاضي في رزقه ويجعل له قوما يقومون بأمره ويدفعون الناس عنه إذ لا بد له من أعوان يكونون حوله يزجرون من ينبغي زجره من المتخاصمين فقد كان الحسن ينكر على القضاة اتخاذ الاعوان فلما ولي القضاء قال لا بد للسلطان من وزعة ومن ابن عرفة ويسوغ له اتخاذ من يقوم بين يديه لصرف أمره ونهيه وكف أذى الناس عنه وعن بعضهم عن بعض ولا يتخذ لذلك الا ثقة مأمونا (وبدأ بمحبوس ثم وصي ومال طفل ومقدم ثم ضال

المسلمين انتهى ص ﴿ولم ينبغ ان شهر عدلا بمجرد شكية﴾ ش مفهوم قوله ان شهر عدلا ان غير المشهور بعدالته يعزل بمجرد الشكية وحكى ابن عرفة فيه ثلاثة أقوال ونصه وعزله بالشكاية به ان لم يكن مشهورا بالعدالة في وجوبه بها أو الكتب الى صالحي بلده ليكشفوا عن حاله فان كان على ما يجب والا عزل (ثالثها) ان وجد بدله والا فالثاني للشيخ عن أصبغ وغيره ومطرف انتهى ص ﴿وخفيف تعزير بمسجد﴾ ش قال في التوضيح قال مالك كالخمسة الاسواط والعشرة انتهى ص ﴿لا حد﴾ ش قال في المدونة ولا يقيم في المسجد الحدود وشبهها أبو الحسن لان في ذلك اهانة له والله يقول في بيوت أذن الله أن ترفع وقوله وشبهها يعني التعزيرات الكثيرة انتهى وقال ابن الحاجب ولا تقام الحدود في المسجد قال في التوضيح هو محتمل للمنع لانه ذريعة الى أن يخرج منه ما ينجس المسجد والكراهة تنزيها له انتهى ص ﴿وجلوس به﴾ ش قال ابن عبد السلام الاقرب في زماننا اليوم الكراهة وتبعه في التوضيح وقال في الذخيرة قال اللخمي الرحاب أحسن لان المسجد ينزه عن الخصومات قال صاحب المنتقى المستحب الرحاب الخارجة عن المسجد ثم ذكر الخلاف ثم قال قال صاحب المقدمات يستحب جلوسه في الرحاب الخارجة عنه فوافق الباجي واللخمي ولم يحك خلافا وكلام الباجي وابن رشد هذا يدل على أنهم فهموا أن المشهور ما قالوه ويعضده قوله كل من أدركته من القضاة لا يجلسون الا في الرحاب فدل على ان العمل على ذلك والعمل عنده مقدم انتهى (فرع) يستحب للقاضي أن يستقبل القبلة في جلوسه قاله ابن عرفة في كلامه على مجلس القاضي ثم قال بعده بنحو الورقتين وينبغي له أن لا يتضاحك مع الناس انتهى ص ﴿بغير عيد الى آخره﴾ ش عدم جلوسه على جهة الاولى قال ابن الحاجب وغيره لا ينبغي وقال ابن فرحون وكذلك يوم شهود المهرجان وحدوث ما يعم من سرور أو ضرر وقال في المتيطية ولا بأس أن يترك النظر يوم الجمعة انتهى ونقله ابن فرحون والله أعلم ص ﴿وبدئ بمحبوس الخ﴾ ش كذا ذكره في التوضيح وقال ابن فرحون في تبصرته ويلزمه أن يكون أول ما يبتدئ به الكشف عن الشهود والموثقين فيعرف حال من لا يعرف حاله

عن عدالتهم فمن كان عدلا أثبته ومن كان فيه جرحة أسقطه وأراح المسلمين من اذايته
ترك غير المرضى ينصبه للناس فانها خديعة للمسلمين ووصمة فى شعائر الدين وعليه أن
هؤلاء ويسجل على شاهد الزور كتابا مخلدا بعد عقوبته وكذلك يجب عليه الكشف
انتهى فتأمل كيف جعل أول ما يبدأ به الشهود وهو الظاهر لان مدار الامر كله عليهم
غير بلده فنقل فى التوضيح عن المازرى انه يسئل عن عدول البلد قبل خروجه قال
ويشعر الناس باجتماعهم لقراءة سجله المكتوب بولايته فاذا فرغ نظر فى مكانه الذى
العدل أن يكون فى وسط البلد انتهى وقال ابن عرفة المازرى اذا ولى قضاء غير بلده
خروجه بحثه عن عدول البلد الذى يقدم عليه ان كان بمكانه من يعرف حالهم ليكون
حالهم وقد يفتقر فى حال قدومه للاستعانة بأحدهم (قلت) ولهذا المعنى كنت أفهم من
ت ممن يقتدى به انه قال ينبغى لمن هو بحيثية ولاية القضاء أو الشورى فيما يعرض من
رعية ان يسمع ما يذكر فى بعض أبناء الزمان ممن يعتبر قوله وحده أو مع غيره بنية
حكام التعديل والتجريح لا بنية التفكه وليس ذلك من سماع الغيبة ومنع ذلك يوجب
كام أو توليته من لا تحل توليته ولولا هذا ما صح ثبوت تجريح فى راو ولا شاهد ولا غيره
﴿ ونادى بمنع معاملة يتيم الخ ﴾ ش حقه أن يذكر مع قوله ثم وصى ومامعه وكذا
رحون وأبو الحسن وغيرهما قال فى التبصرة لابن فرحون (تنبيه) وهذا النداء فى
ه انما يكون على مذهب من يرى ان أفعال السفيه جائزة مالم يول عليه أو يضرب على
وى عن مالك وعليه أكثر أصحابه وأما على مذهب من يرى ان أفعاله مردودة وهو
اسم ومطرف فلا يحتاج اليه انتهى ص ﴿ ورتب كاتبا عدلا شرطا ﴾ ش اعلم ان
ب وللمزكى والمترجم على جهة الأولوية هذا ظاهر عباراتهم فان أبا الحسن الصغير
علاه من آداب القضاء وقوله عدلا قال ابن فرحون ذكر بعضهم فى صفاته أربعة
ل والرأى والعفة وقوله شرطا كذا فى بعض النسخ وفى بعضها مرضيا وهى الاولى
يست شرطا قال ابن فرحون فى تبصرته قال ابن شاس ولا تشترط العدالة فى الكاتب
ن القاضى يقف على ما يكتب انتهى الا أنى لم أر فى الجواهر ما عزاه لابن شاس قال ابن
وظاهر نصوصهم أنه لا يستعين مع القدرة الا بالعدول فان لم يجدهم جاز الاستعانة بغيرهم
ابن القاسم فى المدونة ولا يستكتب القاضى أهل الذمة فى شئ من أمور المسلمين ولا
ن أهل الذمة ولا عبدا ولا مكاتبا ولا يستكتب من المسلمين الا العدول المرضيين فلعل
تيارا انتهى وقال أبو الحسن اثر كلام المدونة هذا اذا وجدوا الا الامثل فالأمثل انتهى
ضيح ظاهر ما حكاه المتيطى عن ابن المواز ان عدالة الكاتب من باب الاولى لكن قال
بعد حمل قول محمد على الوجوب انتهى هذا كلامه فتأمله وامانظر القاضى فيما يكتبه
وضيح عن المازرى مانصه ان كان غير ثقة فلا بد من اطلاع القاضى على ما يكتبه فيجلس
حيث يشاهد ما يكتبه عنه وان كان عدلا فالمذهب انه مأمور بالنظر الى ما يكتب وقد
أشياخى وجوب ذلك على القاضى اذا كان عدلا لانه اذا شاهد ما يكتب أشهد على
تيقنه واذا عول على الكاتب العدل اقتصر على أمر مظنون مع القدرة على المحقق
لتوضيح فظاهر قول المازرى فالمذهب انه مأمور أى على جهة الاستحباب لقوله

ونادى بمنع معاملة يتيم وسفيه ورفع أمرهما ثم فى الخصوم) انظر قوله ومقدم والذى للمازرى قال أهل العلم ينبغى أن يبدأ القاضى بالنظر فى المحبوسين ليعلم من يجب اخراجه ومن لا يجب لان ذلك أشد من الضرر فى الأموال ثم ينظر فى الأوصياء ثم فى مال اليتيم لكون من تكون له مطالبة عليهم قد لا يعرب عن نفسه ثم اللقيط والضوال ثم بين الخصوم وقال المتيطى وغيره أول ما يبدأ به القاضى النداء عن اذنه انه حجر على كل يتيم لا ولى له وعلى كل سفيه مستوجب للولاية عليه وان من علم منكم أحدا من هذين فليرفعه لنا لنولى عليه ومن باع منهما بعد النداء فهو مردود (ورتب كاتبا عدلا شرطا) من المدونة لا يتخذ القاضى كاتبا من أهل الذمة ولا قاسما ولا يتخذ فى شئ من أمور المسلمين الا المسلمين العدول

(كمزك) ابن بطال الشأن عندنا أن يتخذ القاضى رجلا رضا مجمعا على انه رجل عدل يسئل عن الشهود ولا يشهد القاضى هذا السائل سحنون ليس كل من تجوز شهادته تجوز تزكيته ولا يجوز فى التزكية الا المبرز النافذ الفطن الذى لا يخدع (واختارهما) تقدم قول ابن بطال يتخذ رجلا مجمعا عليه وقال المتيطى لا يستكتب القاضى الا أهل العدالة والرضا والمترجم مخبر كالمحلف فسمع القرينان ان احتكم للقاضى خصوم يتكلمون بغير العربية ولا يفقه كلامهم ينبغى أن يترجم عنهم رجل ثقة مأمون مسلم واثنان أحب الى ويجزئ الواحد ولا تقبل ترجمة كافر ولا عبد ولا مسخوط ولا بأس بترجمة المرأة ان كانت من أهل العفاف والحق مما يقبل فيه شهادة النساء وامرأتان والرجل أحب الىّ لان هذا موضع شهادات * ابن رشد هذا كما قال لان كل ما يبتدئ القاضى فيه بالبحث والسؤال كقياسات الجراحات والنظر للعيوب والاستخلاف والقسم واستنكاه من ينكر سكره وشبه ذلك من الامر يجوز فيه الواحد قاله فى المدونة فى الذى يحلف المرأة أنه يجوز فيه رسول واحد ولا خلاف فيه ولا خيار فى ذلك عدلان ويجزئ فيه العدل الواحد وقوله لا تقبل ترجمة عبد ولا مسخوط ولا كافر معناه مع وجود المسلمين ولو اضطر الى ترجمة كافر أو مسخوط لقبل فعله وحكم به كما يحكم بقول الطبيب النصرانى وغير العدل فيما اضطر فيه لقوله من جهة معرفته بالطب وسمع القرينان أترى المسئلة عن الشهود سرا قال نعم ولا سبيل الا للعدول * ابن رشد المسئلة عندهم سواء هو تعديل السر وتفترق من العلانية فى أنه لا اعذار فى السر وفى أنه يجزئ فيه الشاهد الواحد بخلاف العلانية فى الوجهين (والمترجم مخبر عن المحلف

ورجح بعض أشياخى وجوب ذلك وكذا فى ابن عبد السلام ان كان غير عدل فلا بد من نظره وان كان عدلا نظر أيضا وظاهر كلام المتقدمين ان ذلك على الاستحباب وتردد بعض الشيوخ فى ذلك ومال الى الوجوب انتهى كلام ابن عبد السلام ووظيفة الكاتب أن يكتب ما وقع فى مجلسه من الخصوم (مسئلة) قال فى المسائل الملقوطة وللحاكم اذا وجد عقد الوثيقة خطأ أن يقطعه ويؤدب الكاتب على ذلك انتهى من فوائد الشيخ جمال الدين الاقفهسى انتهى كلام المسائل الملقوطة (فائدة) ما يكتب فيه يسمى القمطر قال الشيخ زروق فى شرح الارشاد والقمطر بكسر القاف وفتح الميم وسكون الطاء ثم الراء المهملتين الزمام الذى يكتب فيه التذكار وقد يسمى زمام القاضى انتهى والله أعلم ص ﴿ كمزك ﴾ ش أى وكذا يرتب مزكيا عدلا ولا كلام فى اشتراط العدالة هنا وقول ابن غازى رحمه الله أى فى كونه عدلا رضا فهو كقول الرسالة ولا يقبل فى التزكية الا من يقول عدل رضا أول كلامه واضح وآخر كلامه بعيد من لفظ المؤلف ومن أول كلامه هو فتأمله وقال البساطى (فان قلت) ان حملت كلامه فى الكاتب والمزكى على الجنس حتى يدخل فيه العدد خلاف الأكثر فى اشتراط العدد فى الكاتب فان الاكثر على انه يكفى الواحد وان حملت كلامه على الافراد خالفت الاكثر فى المزكى فانه لا بد من العدد عندهم فيه انتهى (قلت) يحمل كلامه على الاول والجنس يحتمل الافراد كما يحتمل غيره ويلزمه الايهام وهو قريب انتهى وحمله على هذا عبارة ابن شاس لان فيها ويشترط العدد فى المزكى والمترجم دون الكاتب وفى التوضيح فى قول ابن الحاجب واختار الكاتب والمزكى قوله والمزكى ظاهره الاكتفاء بالواحد أشهب ينبغى للقاضى أن يتخذ رجلا صالحا مأمونا منتبها أو رجلين بهذه الصفة يسألان له عن الناس الى آخر كلام أشهب ثم قال ابن الماجشون وكلما يبتدئ القاضى السؤال عنه والكشف يقبل فيه قول الواحد ما لم يبتدئه هو وانما يبتدأ به فى ظاهر أو باطن فلا بد من شاهدين فيه ثم ذكر كلام الجواهر انتهى فصدر بما تقدم وقال الشيخ أبو الحسن فى التقييد الكبير فى أول كتاب القضاء ابن رشد وتعديل السر يفترق من تعديل العلانية من وجهين أحدهما لا اعذار فى تعديل السر والثانى أنه يجتزئ فيه بالواحد وان كان الاختيار الاثنين بخلاف تعديل العلانية فى الوجهين لا يجوز فيه الا شاهدان ويلزم الاعذار فيه الى المشهود عليه هذا معنى ما فى المدونة صح من البيان انتهى كلام الشيخ أبى الحسن فاذا حمل كلام المصنف على هذا فلا يرد ما قاله أصلا فتأمله والله الموفق ص ﴿ والمترجم مخبر ﴾ ش فيقبل الواحد والاثنان أحسن انظر قواعد القرافى فى أول فرق منها فانه ذكر فيه الفرق بين الشهادة والخبر فتأمله والله أعلم وقال فى العمدة واذا لم يعرف لغة الخصم فان كان الحكم لا يتضمن مالا ولم يقبل فى الترجمة الا الرجال والمذهب أنه لا يجزئ واحد وان

وأحضر العلماء وشاورهم) المتيطي ينبغي للقاضي أن يشاور فيما ينزل به من المسائل من أهل الفقه من تجب مشاورته ويثق به في علمه ودينه ونظره وفهمه ومعرفته بأحكام من مضى وآثارهم وقد شاور عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم قال مالك كان عثمان رضي الله عنه اذا جلس للقضاء أحضر أربعة من الصحابة ثم استشارهم فاذا رأوا ما رآه أمضاه وقال هؤلاء قضوا لست أنا قضيت وقال محمد لا يدع القاضي مشورة أهل العلم عند ما يتوجه للحكم ولا يجلس للقضاء الا بحضرة العدل وليحفظوا اقرار الخصوم خوف رجوع بعضهم عما يقر به وان كان ممن يقضي بعلمه فان كان أخذه بما لا خلاف فيه أحسن له واختلف في جلوس أهل العلم معه فقال ابن المواز لا أحب أن يقضي الا بحضرة أهل العلم ومشاورتهم وقاله أشهب الا أن يخاف الحصر من جلوسهم عنده وقال سحنون لا ينبغي أن يكون معه في مجلسه من يشغله عن النظر كانوا أهل فقه أو غيرهم فان ذلك يدخل عليه الحصر وقاله مطرف وابن الماجشون قالا ولكن اذا ارتفع من مجلس القضاء شاوره وعرف عياض بابن أبي طالب وذكر دينه وعلمه قال وكان يكتب على أحكامه حكمت بقول ابن القاسم حكمت بقول أشهب ويقول في البلد علماء وفقهاء اذهب اليهم فأنكر واعليك فارجع الي وكان يكتب القضية ويقول لصاحبها اذهب وطف بها على كل من له علم بالقرآن ثم ارجع الي بما يقولون لك وكان اذا أشكل عليه أمر وقف وقال لأن يسئلني الله عما وقفت أيسر علي من أن يسئلني لم جسرت

تضمن مالا فهل يقبل رجل وامرأتان قولان انتهى والله أعلم ص ﴿وأحضر العلماء وشاورهم﴾ ش عطف رحمه الله أحد القولين على الآخر فان أشهب ومحمدا يقولان يحضرهم ومطرف وابن الماجشون يقولان لا ينبغي أن يحضرهم ولكن يشاورهم كذا قال ابن الحاجب فقال في التوضيح قيد اللخمي قول مطرف وابن الماجشون أن يكون مقلدا فلا يسعه القضاء الا بحضرهم قال المازري وقول مطرف وغيره انما هو اذا كان فكر القاضي في حال حضورهم كحاله في عدم حضورهم وأما لو كان حضورهم يكسبه حجرا حتى لا يمكنه التأمل لما هو فيه فانه يرتفع الخلاف وكذلك اذا كان القاضي من البلادة على حال لا يمكنه ضبط قول الخصمين ويتصور مقاصدهما حتى يستفتي عنه فانه يرتفع أيضا الخلاف ولا يختلف في وجوب حضورهم انتهى وقال في تبصرة ابن فرحون (تنبيه) اطلاقهم المشاورة ظاهره عالما كان بالحكم أو جاهلا وفي الطرر لابن عات لا يجوز للحاكم أن يشاور فيما يحكم فيه اذا كان جاهلا لا يميز الحق من الباطل لانه اذا أشير عليه وهو جاهل لم يعلم أحكم بحق أم بباطل ولا يجوز له أن يحكم بما لا يعلم انه الحق ولا يحكم بقول من أشار عليه تقليدا حتى يتبين له الحق من حيث تبين للذي أشار عليه انتهى وهذا الاخير والله أعلم في المجتهد وفي التبصرة أيضا قال المازري في شرح التلقين القاضي مأمور بالاستشارة ولو كان عالما لان ماذكر فيه الفقهاء وبحثوا فيه تثق به النفس ما لا تثق بواحد اذا استبد برأيه ولا يمنع من ذلك كونهم مقلدين لاختلافهم في الفتوى فيما ليس بمسطور بحسب ما يظن كل واحد منهم أنه يقتضي أصول المذهب انتهى وفي التوضيح قال ابن عطية في تفسيره ومن لم يستشر أهل العلم والدين فعزله واجب هذا مما لا خلاف فيه انتهى ونقله القرطبي في تفسير سورة آل عمران وفي ابن عبد السلام وبالجملة فان أحوال الخلفاء دلت على اتفاقهم على المشاورة لا سيما في المشكلات انتهى (تنبيه) قول المؤلف وأحضر العلماء أوشاورهم هل على الوجوب أو على الاستحباب ظاهر قوله في التوضيح ولا يختلف في وجوب حضورهم وما نقله عن ابن عطية وظاهر ما تقدم للمازري ان حضورهم واجب وكذا ابن فرحون في تبصرته فانه عده في الامور التي تلزم القاضي في سيرته في الاحكام واللزوم انما يستعمل في الوجوب وظاهر قول ابن الحاجب ولا ينبغي للقاضي أن يشق برأيه ويترك المشاورة ان المشاورة مستحبة أو أولى فتأمله فاني لم أر نصا يشفي الغليل (فرع) قال سحنون لا يستشير من شهد عنده فيما شهد فيه حكاه ابن يونس وقال غير سحنون لا بأس بذلك حكاه ابن رشد انتهى مختصرا من التبصرة واقتصر في التوضيح على قول سحنون (فرع) قال في رسم سلف من سماع ابن القاسم من الأقضية رأيت مالكا كتب الى عامل في قضاء كان أمضاه عامل لان قبله فينظر فيه فجاء رجل يستعين بالكتب اليه فيه فكتب اليه ان كان من قبلك أمضاه بحق فانفذه لصاحبه ابن رشد هذا يدل على ان للفقيه المقبول القول أن يكتب للحكام بالفتوى ويعلمهم ما يصنع وان لم يسأله الحاكم وهذا في غير القضاة وأما القضاة فلا ينبغي أن يكتب اليهم بما يفعلون الا أن يسألوه لان ذلك قد يؤدي الى أنفة تؤذي انتهى (مسئلة) اذا دعا القاضي

(وشهود) الجلاب واللخمى ينبغى للقاضى أن لا يحكم الا بحضرة الشهود ليحكم بشهادتهم لا بعلمه وقال أبو عمر اذا جحد المقر اقراره الذى أقر به فى مجلس الحكم ولم تحضره بينة تشهد عليه بالاقرار قال جمهور فقهاء الشافعية وغيرهم يجب القضاء عليه بموجب اقراره واستحب مالك ان يحضره شاهدان ولا يعذر فيهما وظاهر هذا أن له ان يحكم وان لم تشهد على اقراره بينة ومن المدونة اذا أقر الخصم عنده وليس عنده بينة ثم عاد فجحده لا يقضى عليه الا ببينة سواه والا شهد عليه بذلك عند من فوقه (ولم يفت فى خصومة) ابن شاس لا يجيب الحاكم من سأله فيما يتعلق (١١٨) بالخصومات واختار ابن عبد الحكم انه لا بأس ان يجيب بالفتيا فى كل ماسئل عنه لما عنده فيه علم واحتج بان الخلفاء الأربعة كانوا يفتون الناس فى نوازلهم * ابن عرفة عزا ابن المناصف الاول الى مالك والبرزلى وهذا اذا كانت الفتوى فيما يمكن ان تعرض بين يديه ولو جاءته من خارج بلده أو من بعض الكور أو على يدى عماله فليجبهم عنها من مسائل ابن العربى المصلحة ان تكون الفتوى مرسلة ولا تكون الشهادة الا لمن ولاه القاضى لأن المفتى اذا زاغ فضحه العلم والشاهد لا يعلم زيغه الا الله وفى الواضحة لا ينبغى ان يدخل عليه أحد الخصمين دون صاحبه لا وحده ولا فى جماعة انتهى أنظر بالنسبة الى المفتى أما ان كان القضاة مولين بالجاه لا بالمرجحات الشرعية ففتيا المفتى حينئذ من الامر بالمعروف والنهى عن المنكر وفى نوازل البرزلى وليس عليه ان يعلق الحكم بثبوت ماسئل عنه لحديث هند خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف وهذا أيضا مقيد بما اذا لم تتضمن الفتوى تعليم خصومة أنظر بعد هذا عند قوله وللحاكم تنبيهه عليه وفى نوازل البرزلى عن ابن علوان مفتى تونس أنه أتته امرأة تزوجها أندلسى وأساء عشرتها وعسر عليها التخلص منه فقال لها ادّعى عليه أن بداخل دبره برصا فادّعت ذلك عليه فحكم عليه بان ينظر الى ذلك المحل فلما رأى ذلك الزوج طلقها ونحو هذا وقع له فى وصية على أولادها ثبت أنها سفيهة فقال لها قولى لهم أتلفت ما أتلفت فى سفهى فسرحها القاضى قال البرزلى وهذا التحيل ان كان ثبت عنده انها مظلومة فالفتوى سائغة من قبيل الانقاذ من الظلم والا فهو من باب تلقين الخصم القادح فى العدالة

العدول الى قضية ينظرون فيها من فرض نفقة أو اقامة حدود ونحوه وجب عليهم انظر البرزلى فى مسائل القضاء ص * (وشهودا) * ش قال فى التوضيح واذا كان المشهور ان القاضى اذا سمع اقرار الخصم لا يحكم عليه حتى يشهد عنده باقراره شاهدان فيكون احضار الشهود واجبا والا فلا فائدة فى جلوسه انتهى وفى المدونة ولو أقر أحد الخصمين عنده بشئ وليس عنده أحد ثم يعود اليه المقر فيجحد ذلك الاقرار فانه لا يقضى عليه به الا ببينة سواه فان لم يكن عنده بينة شهد هو بذلك الى من فوقه انتهى وقال فى النوادر ومن المجموعة قال مالك وابن القاسم وأشهب الاقرار عند القاضى فى سلطانه وقبل سلطانه سواء وكذلك فى اقرار الخصمين عنده لا يحكم بشئ من ذلك قال أشهب ولا بما وجد فى ديوانه مكتوبا من اقرار الخصم عنده فان قامت على ذلك بينة أنفذها فان لم يكن الا هو وكاتبه شهدا بذلك عند من هو فوقه فأجازه وان كان وحده قضى بشهادته مع يمين الطالب انتهى ومقابل المشهور انه اذا سمع اقرار الخصم حكم عليه بما سمع منه وان لم يحضره شاهدان وهو قول ابن الماجشون قال فى النوادر اثر كلامه المتقدم أما ما أقر به الخصوم عنده فى خصومتهم فليقض به وقاله سحنون وهو أحب الى من قول ابن القاسم وأشهب ولو كان غير هذا لاحتاج أن يحضر معه شاهدين أبدا يشهدان على الناس انتهى وقال فى التوضيح قبل كلامه المتقدم مذهب مالك وابن القاسم ان القاضى اذا سمع اقرار الخصم لا يحكم عليه حتى يشهد عنده باقراره شاهدان ثم يرفعان شهادتهما اليه وذهب مطرف وابن الماجشون وأصبغ وسحنون الى انه يحكم بما سمع وان لم يشهد عنده بذلك ابن الماجشون والذى عليه قضاة المدينة ولا أعلم مالكا قال غيره انه يقضى بما سمع منه وأقر به عنده وكأنهم رأوا ان الخصمين لما جلسا للخصومة رضيا أن يحكم بينهما بما أقرا به ولذلك قعدا والأول المشهور انتهى (تنبيه) قولهم رفع الى من فوقه قال أبو الحسن فى أواخر كتاب الأقضية مسئلة اذا رأى القاضى حدا رفع الى من فوقه وهل يرفع الى من دونه قولان قال عياض مذهب الكتاب ان أحدا لا يرفع الى من دونه وتحت يده الا السلطان الاعظم للضرورة الى ذلك وقال فى السلطان الاعظم لا يرفع الى من دونه ويكون هدرا انتهى مختصرا وفى النوادر فى ترجمة القاضى يحكم لنفسه أو لولده وقد يحكم للخليفة وهو فوقه وهو يتهم فيه لتوليته اياه وحكمه له جائز انتهى ونقل الخلاف فى الذخيرة ص * (ولم يفت فى خصومة) * ش انظر هل على الكراهة أو على المنع قال ابن عبد السلام فى قول ابن الحاجب ولا يفتى الحاكم فى الخصومات وقال ابن

عبد الحكم لا بأس به كالخلفاء الاربعة يريد انه يجوز له الفتيا فيما عدا مسائل الخصام وهل له الفتيا
في مسائل الخصام قولان * أحدهما ليس له ذلك لانه من اعانة الخصوم على الفجور * والثاني
اجازة فتياه في مسائل الخصام وأما تعليم القاضي العلم وتعلمه له فجائز انتهى فقوة عبارته تعطى
أنه لا يجوز له الفتيا على القول الأول فتأمله وعده ابن فرحون في الامور اللازمة له في سيرته
في الأحكام وفي أوائل مسائل الأقضية من البرزلي ما نصه ابن الحاج عن ابن المنذر يكره للقاضي
الفتوى في الأحكام وكان شريح يقول أنا أقضي ولا أفتي (قلت) يريد اذا كانت الفتوى ممن
يمكن أن تعرض بين يديه ولو جاءته من خارج بلده أو من بعض الكور أو على يد عماله فليجبهم عنها
ثم ذكر كلام ابن الحاجب وذكر عن ابن المناصف أنه ذكر القولين ثم قال الكلام الاول انتهى
فيه عن فتوى القاضي في الخصومات لاحد الخصمين * والثاني فتواه في جملة الاشياء لا في خصومة
بعينها انتهى ص * (ولم يشتر بمجلس قضائه) * ش مفهوم قوله بمجلس قضائه انه لا ينهى عنه
في غير مجلس قضائه وهو الذي حصله في التوضيح الا أنه ينبغي له التنزه عنه مطلقا وانظر قول المؤلف
ولم يشتر هل على المنع أو على الكراهة قال في التوضيح في قول ابن الحاجب ولا يشتري بنفسه ولا
بوكيل معروف ظاهره في مجلس قضائه وفي غيره ونحوه ذكره ابن شاس ومعناه عن محمد بن عبد
الحكم * ابن عبد السلام ولا تبعد صحته الا أن المازري وغيره ذكروا عن المذهب ما يدل على جواز
بيعه ابتداء وحكى المازري عن الشافعي مثل ما حكاه المؤلف هنا انتهى أي لان المازري نقل
عن أصحاب مالك أنهم أجازوا للقاضي الشراء اذا لم يكن في مجلس قضائه ولم يجوزوا له ذلك في مجلس
قضائه لما فيه من شغل باله مطرف وابن الماجشون ولا يشتغل في مجلس قضائه بالبيع والابتياع
لنفسه أشهب أو لغيره على وجه العناية منه الا ما خف شأنه وقل شغله والكلام فيه سحنون وتركه
أفضل قال ولا بأس بذلك في غير مجلس قضائه فنافذ الا أن يكون أكره غيره أو هضمه فليس هذا بعدل
وهو مردود كان في مجلس قضائه أو غيره والذي ذكره المازري هو الذي في النوادر وغيرها
مطرف وابن الماجشون ويتنزه عن المبايعة في غير مجلس قضائه انتهى كلام التوضيح وفي ابن عبد
السلام في قول ابن الحاجب بعد هذه المسئلة ويتورع عن العارية الى آخره قد يقال تغيير المؤلف
العبارة بين هذه المسئلة والتي فوقها يؤذن بان المنع في الاولى اشد منه في هذه لانه أطلق المنع في
الاولى وجعله في هذه من باب الورع فيقال العكس أولى فكلام التوضيح يؤذن بالمنع على التحريم
وأما كلام ابن عبد السلام فلا دلالة فيه على أن المنع على التحريم لانه أطلق المنع على المسئلة الثانية
مع أنه لا شك أنه على سبيل التورع وفي تبصرة ابن فرحون من الأمور التي تلزم القاضي أنه يكره
له البيع والابتياع بمجلس حكمه وبداره ولا يرد منه شئ الا أن يكون على وجه الاكراه أو فيه
نقيصة على البائع فيرد البيع والابتياع كان بمجلس قضائه أو غيره قال أشهب ان عزل والبائع
والمبتاع مقيم بالبلد لا يخاصمه ولا يذكر مخاصمته لأحد فلا حجة له والبيع ماض ولا ينبغي أن
يكون له وكيل معروف على البيع والشراء لانه يفعل مع وكيله من المسامحة ما يفعل معه انتهى
فصرح رحمه الله بالكراهة وان حكم البيع والابتياع واحد وهو الظاهر وينبغي أن ينظر فيه
مع ما في التوضيح ويرد أحدهما للآخر والله أعلم ص * (كسلف وقراض وابضاع وحضور
وليمة الا النكاح) * ش تصوره واضح ولا شك أن النهى عن هذه على سبيل التورع قال ابن

(ولم يشتر بمجلس قضائه) قال مطرف وابن الماجشون لا يشتغل في مجلس قضائه ببيع ولا بابتياع لنفسه * أشهب ولا
لغيره الا ما خف شأنه وقل
شغله والكلام فيه *
سحنون وتركه أفضل وما
باع وابتاع في مجلس قضائه
لا يرد منه شئ الا ان يكون
فيه اكراه أو هضيمة وقال
أشهب اذا اشترى الامام
العدل من أحد شيأ أو باع
ثم عزل أو مات ان البائع
أو المشتري منه مخير في
الاخذ منه أو الترك وكتب
عمر بن عبد العزيز بتجارة
الولاة لهم مفسدة وللرعية
مهلكة * ابن عرفة وظاهر
أقوال المذهب وروايته
جواز شرائه وبيعه في غير
مجلس قضائه وما ذكره
ابن شاس لا أعرفه لغيره
(كسلف وقراض وابضاع)
المتيطي ينبغي للقاضي
ان يتنزه عن العواري
وطلب الحوائج من ماعون
أو دابة أو غير ذلك وعن
السلف أو يقارض أو
يبضع الا ما يجد منه بدا فان
واقع شيأ من ذلك تخفيف
الا ان يكون عند من
يخاصم عنده فلا يفعل
(وحضور وليمة الا النكاح)
المتيطي لا بأس للقاضي
بحضور الجنائز وعيادة
المرضى وتسليمه على
أهل المجلس ورده على من
سلم ولا ينبغي له الا ذلك ولا
يجيب الى صنيع الا في الوليمة قاله مطرف وابن الماجشون وقال أشهب لا بأس ان يجيب الدعوة العامة كانت لوليمة أو صنيع عام من

الفرح فاما الغير فرح فلا وكانه هو المدعو خاصة وغيره وسيلة له (وقبول هدية ولو كافأ عليها الامن قريب) المتيطى لاينبغى للقاضى ان يقبل الهدية من أحد ولا ممن كانت عادته بذلك قبل الولاية ولا من قريب ولا من صديق ولا من غيرهم وان كافأ عليها باضعافها الامثل الوالد والولد وأشباههم من خاصة القرابة التى تجمع من حرمة الخاصة ماهو أكثر من حرمة الهدية قال ربيعة اياك والهدية فانها ذريعة الرشوة (و فى هدية من اعتادها قبل الولاية وكراهة حكمه فى مشيه أو متكئا والزام يهودى حكما بسبته وتحديثه بمجلسه لضجر ودوام الرضا فى التحكيم

للحكم قولان) أما مسئلة هدية من اعتادها فقال ابن عبد الحكم لابأس ان يقبل الهدية من اخوانه الذين كان يعرف له قبولها منهم قبل ان يستقضى وقال مطرف وابن الماجشون لاينبغى ذلك وقد تقدم نقل المتيطى وأما مسئلة قضائه وهو ماش فقال أشهب لابأس به اذا لم يشغله ذلك وقال سحنون لايقضى وهو ماش ونص اللخمى لابأس ان يحكم وهو ماش وأما حكمه وهو متكئ فقال اللخمى لايحكم متكئا لأن فيه استخفافا وللعلم حرمة وروى محمد لابأس ان يقضى وهو متكئ وعزاه الباجى لأشهب قيل لاسماعيل القاضى هل ألفت كتابا فى أدب القضاء قال اذا قضى القاضى بالحق فليقعد فى مجلسه كيف شاء ويمد رجليه وأما مسئلة الزام يهودى حكما بسبته فقال المازرى فى تمكين المسلم

الحاجب ويتنزه عن العارية والسلف والقراض والابضاع وقال ابن فرحون فى الأمور التى تلزم القاضى منها أن يتجنب العارية والسلف والقراض والابضاع إلا أن يكون لايجد بدا من ذلك فهو خفيف الامن عند الخصوم أو ممن هو فى جهتهم فلا يفعل انتهى وقوله الا النكاح قال فى التوضيح ثم ان شاء أكل أو ترك قال فى التبصرة والاولى له اليوم ترك الأكل انتهى (فرعان * الأول) فى التوضيح كره مالك لأهل الفضل أن يجيبوا كل من دعاهم (الثانى) ولابأس للقاضى بحضور الجنائز وعيادة المرضى وتسليمه على أهل المجالس ورده على من سلم عليه لاينبغى الاذلك انتهى ص * وقبول هدية ولو كافأ عليها الامن قريب * ش قال فى التوضيح ظاهر قول ابن الحاجب المنع وعليه ينبغى أن يحمل قول ابن حبيب لم يختلف العلماء فى كراهة قبول الامام الأكبر وقضاته وجباته الهدايا قال وهو مذهب مالك وأهل السنة انتهى ويمنع من قبول الهدية سواء كانت فى حال الخصام أو قبله قاله ابن الحاجب وقوله الامن قريب يريد الخاص من الولد والوالد والخالة والعمة وبنت الأخت قاله ابن فرحون ونحوه فى التوضيح (فروع * الأول) قال ابن فرحون فى تبصرته قال المازرى أما الارتزاق من بيت المال فان من تعين عليه القضاء وهو غنى عن الارتزاق فانه ينهى عن أخذ العوض على القضاء لان ذلك أبلغ فى المهابة وأدعى للنفوس على اعتقاد التعظيم والجلالة وان كان القضاء لم يتعين عليه وهو محتاج الى طلب الرزق من بيت المال ساغ له أخذ ذلك (الثانى) قال فى معين الحكام قال أصبغ ولاينبغى له أن يأخذ رزقه الامن الخمس والجزية وعشور أهل الذمة انتهى من ابن فرحون وقال ابن رشد فى آخر سماع سحنون من كتاب الشهادات وأما القضاة والحكام والأجناد فلهم أن يأخذوا أرزاقهم من العمال المضروب على أيديهم أعنى العمال الذين فوض اليهم النظر فى ذلك وضرب على أيديهم فيما سوى ذلك من اعطاء مال الله لمن يرونه بوجه اجتهادهم وأطال الكلام فى ذلك فراجعه وسيأتى من كلامه فى باب الشهادات عند قول المصنف ولا ان أخذ من العمال والله أعلم (الثالث) قال فى التوضيح قال ابن حبيب ويأخذ الامام من قضاته وعماله ما وجده فى أيديهم زائدا على ما ارتزقوه من بيت المال ويحصى ماعند القاضى حين ولايته ويأخذ ما اكتسبه زائدا على رزقه وقدران هذا المكتسب انما اكتسبه بجاه القضاء وتأول ان مقاسمة عمر رضى الله عنه ومشاطرته لعماله كأبى موسى وأبى هريرة وغيرهما انما فعل ذلك لما أشكل عليه مقدار ما اكتسبوه من القضاء والعمالة انتهى ونقله ابن عبد السلام وابن عرفة ونصه ابن حبيب للامام أخذ ما أفاده العمال ويضمه

من استحلاف اليهودى يوم السبت قولان * الأول للقابسى وخص بعضهم الخلاف باليهودى لأن النصرانى لايعظم يوما وعممه ابن عات فيهما قال لأن يوم الاحد له كالسبت لليهودى وأما تحديثه بمجلسه لضجر فقال اللخمى اختلف ان دخله ضجر فقال ابن عبد الحكم لابأس ان يحدث جلساءه اذا مل يروح قلبه ثم يعود للحكم وقال ابن حبيب يقوم والاول أحسن وأما مسئلة الرضا فى التحكيم للحكم فقال الباجى لو حكما بينهما رجلا فاقاما البينة عنده ثم بدا لاحدهما قبل ان يحكم فقال ابن القاسم أرى ان يقضى ويجوز حكمه وقال سحنون لكل واحد منهما أن يرجع * ابن عرفة فى هذه المسئلة طرق والاقوال فيها أربعة وقد تقدم عزو عبد الوهاب القول الاول لمالك

الى ماجبوه قال وكلما أفاده الوالى من مال سوى رزقه فى عمله أوقاض فى قضائه أومتول أمر المسلمين فللامام أخذه للمسلمين وكان عمر اذا ولى أحدا أحصى ماله لينظر مايزيد ولذا شاطر العمال أموالهم حيث كثرت وعجز عن تمييز مازادوه بعد الولاية قاله مالك وشاطر أباهريرة وأباموسى وغيرهما انتهى ونقله فى الذخيرة ثم قال اثره تمهيد الزائد قد يكون من التجارة والزراعة لا من الهدية ولا تظن الهدايا بأبى هريرة وغيره من الصحابة الا مالا يقتضى أخذا ومع ذلك فالتشطير حسن لان التجارة لابد أن ينمها جاه العمل فيصير جاه المسلمين كالعامل والقاضى وغيره رب المال فأعطى العامل النصف عدلا بين الفريقين ولذلك لما انتفع عبدالله وعبيدالله بالمال الذى أخذاه من الكوفة سلفا فى القصة المشهورة قال عبدالرحمن بن عوف لعمر رضى الله عنهما اجعله قراضا يا أمير المؤمنين فجعله قراضا ولولا هذه القاعدة كيف يصير القرض قراضا انتهى فتأمل ذلك وتقدم الكلام على قصتهما فى أول باب القراض فراجعه والله أعلم (الرابع) قال ابن فرحون قال فى معين الحكام وكذلك الشهود لا يجوز لهم قبول الهدية من أحد الخصمين مادامت الحكومة بينهما (الخامس) قال ابن فرحون قال ابن عبدالغفور ما أهدى الى الفقيه من غير حاجة فجائز له قبوله وما أهدى اليه رجاء العون على خصمه أو فى مسئلة تعرض عنده رجاء قضاء حاجته على خلاف المعمول به فلا يحل قبولها وهى رشوة يأخذها وكذلك اذا تنازع عنده خصمان فأهديا اليه جميعا أوأحدهما يرجو كل واحد منهما أن يعينه فى حجته أوعند حاكم اذا كان ممن يسمع منه ويوقف عنده فلا يحل له الأخذ منهما ولا من أحدهما انتهى وقال ابن عرفة قال بعض المتأخرين ما أهدى للمفتى ان كان ينشط للفتيا أهدى له أم لا فلا بأس وان كان انما ينشط اذا أهدى له فلا يأخذها وهذا مالم تكن خصومة والأحسن أن لا يقبل من صاحب الفتيا وهو قول ابن عيشون وكان يجعل ذلك رشوة (قلت) قد يخف قبولها لمن كان محتاجا ولاسيما ان كان اشتغاله بأصولها يقطعه عن التسبب ولا رزق له عليها من بيت المال وعليه يحمل ما أخبرنى به غير واحد عن الشيخ الفقيه أبى على بن علوان انه كان يقبل الهدية ويطلبها ممن يفتيه وفى الطراز وظاهره لابن عيشون ومن هذا انقطاع الرغبة للعلماء والمتعلقين بالسلطنة لدفع الظلم عنهم فيما يهدونه لهم ويخدمونهم هو باب من أبواب الرشوة لان دفع الظلم واجب على كل من قدر على دفعه عن أخيه المسلم وعن الذمى انتهى (السادس) قال القرافى فى آخر كتاب الدعاوى من الذخيرة (فرع) قال بعض العلماء اذا عجزت عن اقامة الحجة الشرعية فان استعنت على ذلك بوال يحكم بغير الحجة الشرعية اثم دونك ان كان الحق جارية يستباح فرجها بل يجب ذلك عليك لان مفسدة الوالى أخف من مفسدة الزنا والغصب وكذلك الزوجة وكذلك استعانتك بالأجناد يأثمون ولا تأثم وكذلك فى غصب الدابة وغيرها وحجة ذلك لان الصادر من المعين عصيان لا مفسدة فيه والجحد والغصب عصيان مفسدة وقد جوز الشارع الاستعانة بالمفسدة لا من جهة انها مفسدة على درء مفسدة أعظم منها كفداء الأسير فان أخذ الكفار لمالنا حرام عليهم وفيه مفسدة اضاعة المال فما لا مفسدة فيه أولى أن يجوز فان كان الحق يسيرا نحو كسرة أوتمرة حرمت الاستعانة على تحصيله بغير حجة شرعية لان الحكم بغير ما أمر الله أمر عظيم لا يباح باليسير انتهى كلامه بلفظه ولم يذكر غيره فتوجيهه اياه واقتصاره عليه يقتضى أنه ارتضاه والله أعلم (السابع) قال ابن فرحون أجاز بعضهم اعطاء الرشوة اذا خاف الظلم على نفسه وكان الظلم محققا انتهى وقال ابن عرفة اثر نقله كلام بعضهم

(ولايحكم مع مايدهش عن الفكر) ابن عرفة لايجلس للقضاء وهو على صفة يخاف بها أن لايأتى بالقضية صوابا وان نزل به فى قضائه ترك كالغضب والضجر والهم والجوع والعطش والحقن وان أخذ من الطعام فوق ما يكفيه لم يجلس * ابن عرفة يريد ان أدخل عليه تغيرا قال وأصل ذلك قوله صلى الله عليه وسلم لايحكم أحد بين اثنين وهو غضبان * ابن عرفة اتفق العلماء على اناطة الحكم بأعم من الغضب وهو الامر الشاغل والغاء خصوص الغضب وسموا هذا الالغاء والاعتبار بتنقيح المناط (ومضى) المتيطى ان حكم وهو غضبان جاز حكمه خلافا للداودى وفرق ابن حبيب بين الغضب الكثير واليسير (وعزر شاهد الزور فى الملأ بنداء ولايحلق رأسه أو لحيته ولايسخمه) من المدونة قال مالك واذا ظهر الامام على شاهد الزور ضربه بقدر رأيه ويطاف به فى المجالس * ابن القاسم يريد فى المجلس الاعظم * ابن وهب كتب محمد الى عماله بالشام ان أخذتم شاهد زور فاجلدوه أربعين وسخموا وجهه وطوفوا به حتى يعرفه الناس ويطال حبسه ويحلق رأسه * ابن عرفة فى اتيان سحنون برواية ابن وهب عن عمر ميل منه اليه وروى مطرف لاأرى الحلق والتسخيم (ثم فى قبوله تردد) * ابن عرفة فى قبول شهادته ان تاب عبارة ابن رشد ظاهر سماع أبى زيد ان عرفت منه توبة واقبال وتزيد فى الخير قبلت شهادته خلاف قوله فى المدونة ولاتجوز شهادته أبدا وان تاب وحسنت حاله وقيل معنى السماع ان أتى تائبا مقرا على نفسه قبل ان يظهر عليه ومعنى ما فى المدونة ان ظهر عليه ونقل اللخمى سماع أبى زيد غير معزو وكانه المذهب * المتيطى لم يصحب سماع أبى زيد عمل (وان أدب التائب فأهل) اللخمى اختلف فى عقوبته ان أتى تائبا ولم يظهر عليه وقال ابن القاسم لو أدب لكان لذلك أهلا وقال سحنون ولو عوقب لم يرجع أحد عن شهادته خوف العقوبة كالمرتد يريد أنه لايعاقب ان رجع الى الاسلام ولمالك فى المبسوط من سأل عن اصابة أهله فى رمضان لايعاقبه لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يعاقبه (ومن أساء على خصمه) ابن حبيب عن الأخوين ان شتم أحد الخصمين صاحبه عند القاضى أو أسرع عليه بغير حاجة كقوله ياظالم يافاجر فعليه زجره وضربه الاذا مروءة فى فلتة منه فلايضربه (أو مفت أو شاهد) أفتى ابن لبابة وابن وليد وابن غالب بأدب من قال للشهود ولأهل الفتيا تشهدون على وتفترن على لاأدرى من أكلم منكم وقال سحنون ان قال الخصم لمن شهد عليه شهدت على بزور أو بما يسئلك الله عنه أو ما أنت من أهل الدين ولا من أهل العدالة لم يمكن قائل ذلك لأهل الفضل ويؤدب المعروف بالاذاية بقدر جرمه وقدر الرجل المنتهك حرمته وقدر الشاتم فى اذاية الناس وان كان من أهل الفضل وذلك منه فلتة تجافى عنه (لابشهدت على بباطل) ابن كنانة ان قال شهدت على بزور ان عنى انه شهد عليه بباطل لم يعاقب وان قصد أذاه والشهرة به نكل بقدر حال الشاهد والمشهود عليه

ويقوم هذا من قولها وان طلب السلابة طعاما أو ثوبا أو شيأ خفيفا رأيت أن يعطوه انتهى وقال البرزلى قبل مسائل الطهارة بنحو صفحة وفى الطرر قال ابن عيشون أجاز بعضهم اعطاء الرشوة اذا خاف الظلم على نفسه وكان محقا وقال قبله قال أبو بكر بن أويس يحرم على القاضى أخذ الرشوة فى الاحكام يدفع بها حقا أو يشهد بها باطلا وأما ان يدفع بها عن مالك فلا بأس * ابن عيشون وان تبين له الحق فيمتنع من انفاذه رجاء أن يعطيه صاحبه شيأ ثم ينفذه له فان حكمه مردود غير جائز ويتخرج على أحكام القاضى الفاسدة اذا صادف الحق هل يمضى أم لا انتهى ص ﴿ ولايحكم مع مايدهش عن الفكر ومضى ﴾ ش قال الشيخ زروق فى شرح الارشاد كالغضب والهم والجوع والعطش والضجر والحنق وكذلك اذا أخذ من الطعام فوق ما يكفيه فان حكم وهو بحال ماذكر مضى انتهى والنهى على المنع أنظر أبا الحسن الصغير فى أول كتاب الاقضية والبساطى والله أعلم ص ﴿ وعزر شاهدا بزور فى الملأ ﴾ ش قال ابن عرفة شاهد الزور هو الشاهد بغير مايعلم عمدا ولو طابق الواقع كمن شهد بأن زيدا قتل عمرا وهو لايعلم قتله اياه وقد كان قتله ولو كان لشبهة لم يكنه وقول الباجى من ثبت عليه انه شهد بزور فان كان لنسيان أو غفلة فلاشئ عليه ومن كثر ذلك منه ردت شهادته ولم يحكم بفسقه يقتضى ان غير العامد شاهد زور ويرد بما فى استحقاقها ان شهدوا بموت رجل ثم قدم حيا فان ذكروا عذرا كرؤيتهم اياه صريعا فى قتلى أو قد طعن فظنوا انه قد مات فليس شهادتهم زورا والا فهم شهداء الزور اه وسئلت عن رجل شهد عند القاضى ان هذه المرأة ليس لها ولى فزوجها القاضى ثم ظهر ان لها ولدا ولم يكن الشاهد علم ان لها ولدا فهل تكون شهادته هذه شهادة زور ويقال فيه انه شاهد زور فيكون ذلك قادحا فى شهادته أو لايقدح ذلك فى شهادته ولايجوز أن ينسب الى الزور واذا نسبه أحد الى الزور فهل يحرم عليه ويستحق التعزير

(كلخصمه كذبت) ابن عبد السلام الفقهاء لايعدون تكذيب أحد الخصمين للآخر من السباب ولو كان بصيغة كذب وغيرها من الصريح (وليسو بين الخصمين) ابن عرفة روايات الامهات واضحة فى وجوب تسوية القاضى بين الخصمين فى مجلسهما بين يديه والنظر اليهما والسماع منهما ورفع صوته عليهما (وان مسلما مع ذمى) المازرى لو كان الخصمان مسلما وذميا ففى تسويتهما فى المجلس كمسلمين وجعل المسلم أرفع * ابن عرفة قولان لم يذكر الشيخ غير الأول معز والأصبغ (وقدم المسافر وما يخشى فواته ثم السابق) اللخمى يقدم القاضى الخصوم الاول فالاول الا المسافر وما يخشى فواته (قال وان مال بحقين بلاطول) المازرى اذا وجب تقديم الاسبق فقال أصحاب الشافعى انما يقدم الاسبق فى خصام واحد لا فى سائر مطالبه وهذا مما ينظر فيه ان سبق بخصمين قدم فى خصومته فيهما معا ان كان مما لا يطول ولا يضر بالجماعة الذين بعده *ابن عرفة ظاهره ان هذا غير منصوص لاصحابنا وقد قال أصبغ اذا قضى بين الخصمين فى أمر اختصما فيه ثم أخذ فى حجة أخرى فى خصومة أخرى فان كان بين يديه غيرهما لم يسمع منهما حتى يفرغ ممن بين يديه الا أن يكون شئ لاضرر فيه لمن حضره فلا بأس أن يسمع منهما (ثم أقرع) اللخمى ان تعذر معرفة الاول من الخصوم كتب أسماءهم فى بطائق وخلطت فمن خرج اسمه بدأ به وذلك كالقرعة بينهم (وينبغى أن يفرد وقتا أو يوما للنساء) أشهب ان رأى أن يبدأ بالنساء فذلك له على اجتهاده ولا يقدم الرجال والنساء مختلطين وان رأى أن يجعل للنساء يوما معلوما أو يومين فعل ابن عبد الحكم أحب الى أن يفرد للنساء يوما ويفرق بين الرجال والنساء فى المجالس *المازرى ان كان الحكم بين رجل وامرأة أبعد عن المرأة من الاخصام بينه وبينها من الرجال (كالمفتى والمدرس) ابن شاس

وهل يجب على الزوج أن يطلق المرأة أم لا فأجبت اذا كان الشاهد لا يعلم أن للمرأة ولدا فليس بشاهد زور ولا يقدح ذلك فى شهادته بعد ذلك ولا يجوز لاحد أن يقول انه شاهد زور ومن قال انه شاهد زور فان القاضى يزجره على ذلك بحسب مايراه والنكاح الذى عقده القاضى مع وجود ولد المرأة صحيح وليس بفاسد ولا يجب على الزوج أن يطلق الزوجة نعم لا يجوز الاقدام عليه اذا علم أن لها ولدا فاذا وقع ونزل صح النكاح والله أعلم ص ﴿ كلخصمه كذبت ﴾ ش أنظر رسم الاقضية من سماع أشهب من كتاب القذف وفيه اذا قال رجل لرجل من سراة الناس كذبت وأثمت فانه يعزر بالسوط اذا كان فى مشاتمة لانه بمنزلة قوله كذاب وأما ان نازعه فى شئ فقال له أنت فى هذا كاذب آثم فلا يجب عليه فى ذلك أدب وينهى عنه ويزجر ان كان لا يتعلق به حق فيما نازعه فيه ويجرى قول الرجل للرجل يا كذاب على التفصيل الذى فى قوله يا كلب انتهى ونقله فى النوادر وصاحب التبصرة فى الفصل الحادى عشر فى التعزيرات الشرعية من القسم الثالث وتقدم له شئ من ذلك فى الفصل السادس فى سيرته مع الخصوم ومسئلة قول الرجل للرجل يا كلب ذكرها قبل هذه المسئلة بمسئلتين وكذلك فى النوادر وكذلك فى التبصرة قبل مسئلة كذبت وأثمت بيسير وفى التبصرة فى هذا الفصل وفى البيان فى مسئلة يا كلب معنى دنىء الهيئة ورفيع القدر والله أعلم وقال القاضى عياض فى الاكمال فى شرح حديث الحضرمى والكندى من كتاب الايمان فى قوله يا رسول الله ان الرجل فاجر لا يبالى ما حلف عليه ولا يتورع عن شئ فيه ان الرجل اذا رمى خصمه حال الخصومة بجرحة أو خلة سوء بمنفعة يستخرجها فى خصامه وان كان فى ذلك أذى خصمه لم يعاقب اذا عرف صدقه فى ذلك بخلاف لو قاله على سبيل المشاتمة والأذى المجرد وذلك اذا كان ما رماه به من نوع دعواه وليتنبه بها على حال المدعى عليه لقول الحضرمى انه فاجر الى آخره ولم ينكره النبى صلى الله عليه وسلم ولا زجره ولو رمى خصمه بالغصب وهو ممن لا يليق به أدب عندنا ولم تعلق به الدعوى اه ونقله الأبى ثم نقل عن القرطبى ما نصه الجمهور على أدب من صدر منه شئ من ذلك بعموم تحريم السباب وأجابوا عن الحديث بأن الكندى علم منه ذلك وانه لم يقم بحقه وانه لم يقصد اذايته وانما قصد استخراج حقه انتهى وقال فى المدونة فى كتاب القذف ومن آذى مسلما أدب قال ابن ناجى ظاهره وان لم يحضر المؤذى فان القاضى يؤدبه اذا كان ذلك بحضرته وهو كذلك وكون القاضى لا يحكم بعلمه فيما كان بمجلسه انما هو فى الاموال وأما هذا فيحكم انتهى ص ﴿ وان بيقين ﴾ ش قال ابن عرفة بعد ذكره ما عزاه المؤلف للمازرى (قلت) ظاهره ان هذا غير منصوص لأصحابنا وفى النوادر لأصبغ اذا قضى بين الخصمين فى أمر اختصما فيه ثم أخذا فى حجة أخرى فان كان بين يديه غيرهما لم يسمع منهما حتى يفرغ ممن بين يديه الا أن يكون شئ لاضرر فيه لمن حضره فلا بأس أن يسمع منهما انتهى ص ﴿ وينبغى أن يفرد وقتا أو يوما للنساء ﴾ ش قال القرطبى فى شرح قوله عليه

ويفعل المفتى والمدرس عند التزاحم كذلك * ابن عرفة لاأعرف هذا نصا لاهل المذهب انما قاله الغزالى وتخريجها على حكم تزاحم الخصوم واضح وقال سحنون لايقدم صاحب الرحا أحدا على غيره اذا كانت سنة للبلد البرزلى وعلى هذا يأتى التقديم فى طبخ الخبز والعناء وسائر الصناع ان كان عرفا عمل عليه والاقدم الآكد فالآكد ويقدم فى القراءة من فيه قابلية على غيره لتحصيل كثرة المنافع على قلتها وكان الشيخ الابى يقول الطالب الذى لا قابلية له ينبغى أن يقدم عليه غيره اهـ وفى الموافقات فى الطالب الذى لاقابلية له أن تعلقه بالتعليم من باب العبث بالنسبة الى المصلحة المجتلبة ومن تكليف مالايطاق فى حقه وكلاهما باطل شرعا والذى فيه قابلية قد يكون التعلم فرض عين عليه (وأمر مدع تجرد قوله عن مصدق بالكلام) ابن عرفة المدعى من عريت دعواه عن مرجح غير شهادة والمدعى عليه اقترنت دعواه به فقول ابن الحاجب المدعى من تجرد قوله عن مصدق يبطل عكسه بالمدعى وحده ومعه بينة أشهب اذا جاس الخصمان بين يديه فلابأس أن يقول مالكما وما خصومتكما أو يسكت ليبتدئاه فان تكلم المدعى أسكت الآخر حتى يسمع حجة المدعى ثم يسكته ويستنطق الآخر ويتربص به حتى يفهم عنه ولا يبتدئ أحدهما فيقول ماتقول أو مالك الا ان علم انه المدعى ولا بأس ان يقول أيكما المدعى فان قال أحدهما أنا وسكت الآخر فلابأس ان يسأله عن دعواه وأحب الىّ أن لايسئله حتى يقر خصمه بذلك (والافالجالب) ابن (١٢٤) عبد الحكم ان ادعى كل منهما انه المدعى فان كان أحدهما جلب الآخر فالجالب المدعى (والا أقرع) ابن عبد الحكم وان لم يدر الجالب بدأ بأيهما شاء فان كان أحدهما ضعيفا فأحب الى ان يبدأ به وان بقى كل واحد منهما متعلقا بالآخر أقرع بينهما (فيدعى بمعلوم محقق قال وكذا شئ والالم يسمع كان ظن أوشك) ابن شاس فى الدعوى المسموعة هى الصحيحة وهى ان تكون معلومة محققة فلو قال مما عليه شئ لم يقبل دعواه * ابن عرفة هذا نقل الشيخ عن عبد الملك ونقله المازرى عن المذهب قال وعندى لو قال الطالب أتيقن عمارة ذمة المطلوب بشئ أجهل مبلغه وأريد جوابه بذكره مفصلا أو انكاره جملة لزمه الجواب * ابن شاس وكذلك لو قال أظن ان لى عليك شيأ يعنى فلا تقبل دعواه أيضا * ابن عرفة فاختصره ابن الحاجب بقوله وشرط المدعى ان يكون معلوما محققا فقبله شارحاه ولم يذكرا فيه خلافا وسمع القرينان من دخل بزوجته ثم مات فطلبت صداقها حلف الورثة مانعلم بقى عليه صداق * ابن رشد فان نكلوا عن اليمين حلفت المرأة أنها لم تقبض صداقها واستوجبته لاعلى ان الورثة علموا انها لم تقبضه فرجعت هذه اليمين على غير مانكل عنه الورثة ولها نظائر ويختلف فى توجه هذه اليمين اذا لم تحقق المرأة ذلك على الورثة أنظر ابن عرفة وانظر فى الصلح عند قوله ولايحل لظالم (وكفاه بعت وتزوجت وحمل على الصحيح) ابن شاس اذا ادعى فى النكاح أنه تزوجها تزويجا صحيحا سمعت دعواه ولايشترط ان يقول بولى وبرضاها بل ولو أطلق سمع أيضا وكذا فى البيع بل ولو قال هذه زوجتى لكفاه الاطلاق (والافليسأله الحاكم عن السبب) المازرى اذا نظر المدعى بدعواه وادعى أمرا مجهولا فلابد من استفساره وقال ابن حارث يجب على القاضى أن يقول للطالب من أين وجب لك ماادّعيت فان قال من بيع أوسلف أوضمان أوتعد وشبهه لم يكلفه أكثر من ذلك فان لم يكشف القاضى عن وجه ذلك ومن أى شئ وجب صار كالخابط عشواء اذ لايؤمن ان يكون الحق انما يدعيه مدعيه من وجه لايجب به حق اذا فسره

الصلاة والسلام للنساء اجتمعن يوم كذا يدل على ان الامام ينبغى له أن يعلم النساء مايحتجن اليه من أمر أديانهن وأن يخصهن بيوم مخصوص لذلك لكن فى المسجد أوما كان فى معناه لتؤمن الخلوة بهن فان تمكن من ذلك بنفسه فعل والا استنهض الامام شيخا يوثق بعلمه ودينه لذلك حتى يقوم بهذه الوظيفة انتهى ص ﴿ وأمر مدع تجرد قوله عن مصدق بالكلام ﴾ ش قال ابن عرفة المدعى من عريت دعواه عن مرجح غير شهادة والمدعى عليه من اقترنت دعواه به أى بالمرجح فقول ابن الحاجب المدعى من تجرد قوله عن مصدق يبطل عكسه بالمدعى ومعه بينة ونحوه لابن شاس انتهى ولا يرد ماقاله لان الكلام فى معرفة المدعى والبينة انما يأتى بها بعد معرفة كونه مدعيا فتأمله والله أعلم ص ﴿ فيدعى بمعلوم محقق قال وكذا شئ ﴾ ش قال ابن فرحون فى تبصرته الشرط الاول أن تكون معلومة فلو قال لى عليه شئ لم تسمع دعواه لانها مجهولة قاله ابن شاس ولعله يريد اذا كان يعلم قدر حقه وامتنع من بيانه وقد قال المازرى فى هذه الدعوى وعندى أن هذا الطالب لو أيقن بعمارة ذمة المطلوب بشئ وجهل مبلغه وأراد من خصمه أن يجاوبه عن ذلك باقرار بما ادعى على وجه التفصيل وذكر المبلغ والجنس لزم المدعى عليه الجواب أما لو قال لى عليه شئ من فضلة

حساب لا أعلم قدره وقامت له بينة انهما تحاسبا و بقيت له عنده بقية لا علم لهم بقدرها فدعواه فى هذه الصورة مسموعة وكذلك لو ادعى حقا له فى هذه الدار أو الارض وقامت له بينة ان له فيها حقا لا يعلمون قدره فهى دعوى مسموعة وسيأتى كثير من هذا المعنى فى باب القضاء بالشهادة الناقصة انتهى فقوله أما الى آخره يدل على ان هذا يسمع بلا خلاف فهو مخصوص لقول المؤلف معلوم وقوله بمعلوم محقق نحوه لابن الحاجب فأورد عليه ابن عرفة توجيه يمين التهمة على القول بها فتأمله والله أعلم (قلت) ومسائل المدونة وغيرها صريحة فى انه تسمع الدعوى بالمجهول اذا كان لا يعلم قدره قال فى آخر كتاب الشفعة من المدونة ومن ادعى حقا فى دار بيد رجل فصالحه منه فان جهلاه جميعا جاز ذلك وان عرف المدعى دعواه منها فليسمه فان لم يسمه بطل الصلح ولا شفعة فيه انتهى وقال المتيطى فى كتاب الصلح لو شهد الشهود للقائم فى الدار المقوم فيها بحصة لا يعرفون مبلغها ففى كتاب ابن حبيب فى رواية مطرف عن مالك انه يقال للمشهود عليه أقر بما شئت منها واحلف عليه فان أبى قيل للمشهود له سم ماشئت منها واحلف عليه وخذه فان أبى أخرجت الدار من المطلوب ووقفت حتى يقر بشئ قال مطرف وقد كنا نقول وأكثر أصحابنا انه اذا لم يعرف الشهود الحصة فلا شهادة لهم ولا يلزم المطلوب شئ حتى قال ذلك مالك فرجعنا الى قوله واستمرت الأحكام به انتهى (مسئلة) ليس من تمام صحة الدعوى أن يذكر السبب يؤخذ ذلك من قول المصنف بعد هذا وللمدعى عليه السؤال عن السبب واذا لم يلزم ذلك فأحرى أن يكون من شرط صحتها ذكر تسليم المبيع اذا كان مثليا وهو واضح وهذا بخلاف الشهادة على ماذكره ابن فرحون فى الفصل الثامن فيما ينبغى للقاضى أن يتنبه له فى اداء الشهادة والله أعلم ثم قال ابن فرحون الشرط الثانى من شروط الدعوى ان تكون مما لو أقر بها المدعى عليه لزمته كمن ادعى على رجل هبة وقلنا الهبة تلزم بالقول فيلزم المدعى عليه الجواب باقرار أو انكار وان قلت بقول المخالف والقول الشاذ عندنا ان الهبة لا تلزم بالقول فذهب بعض الناس الى ان الجواب فيه لا يلزم وكذلك العدة على القول بعدم اللزوم وكذا الوصية وذكر شروطا أخرى فانظرها فيه وانظر أيضا الباب الثامن والعشرين من القسم الثانى فى القضاء بالاتهام وايمان التهم قال فيه قال أبو الحسن الصغير المشهور ان اليمين تجب بمجرد الاتهام ولم يحقق الدعوى والظاهر انه يريد بعد اثبات ان المدعى عليه ممن تلحقه التهمة فيما ادعى عليه به انظر بقيته (فرع) قال ابن فرحون فى تبصرته فصل فى تصحيح الدعوى والمدعى به أنواع فان كانت الدعوى فى شئ من الأعيان وهو بيد المدعى عليه فتصحيح الدعوى أن يبين ما يدعى به ويذكر انه فى يد المذكور يعنى المطلوب بطريق الغصب أو العداء أو الوديعة أو العارية أو الرهن أو الاجارة أو المساقاة أو غير ذلك ولا يشترط فى الدعوى أن يسأل الحاكم النظر بينهما بما يوجب الشرع انتهى قوله أو غير ذلك يدخل فيه أن يقول ضاع منى أو سرق منى ولا أدرى بماذا وصل الى هذا الذى هو فى يده وهذا مستفاد من نصوص أهل المذهب قال اللخمى فى كتاب الشهادات فصل وان ادعى عبدا فى يد رجل وقال أبق منى فان كانا من بلد واحد كلف أن يأتى باللطخ انه ملكه لان ملك ذلك لا يخفى على جيرانه وأهل سوقه وان كان أحدهما طارئا لم يحلف أحدهما الآخر كانه ان ادعى الطارئ على المقيم قال المدعى عليه أنت لا تدعى على معرفة ذلك لانى لست من بلدك ولا يجوز أن يكون صادقا وكذلك ان ادعى المقيم عبدا أتى به الطارئ لم يحلفه لانه لا علم عنده هل هو ملكه أم لا فان أقام شاهدا انه عبده حلف معه وان نكل لم يرد اليمين لان الآخر لا علم عنده فلا يحلف

على تكذيب الشاهد انتهى انظر بقية كلامه وكلام المدونة وشرحها وانظر ابن فرحون فى فصل توقيف الشئ المدعى فيه فان كلامه أصرح من هذا والله أعلم ص ﴿ ثم مدعى عليه ترجح قوله بمعهود أو أصل ﴾ ش المعهود هو شهادة العرف ونحوه والاصل استصحاب الحال قاله ابن عبد السلام والله أعلم (مسئلة) قال ابن فرحون فى الكلام على القسم الثالث من أقسام الجواب عن الدعوى مانصه مسئلة اذا ادعى رجل قبل رجل حقوقا وكشفه عن بعضها وسأله الجواب عما كشفه عنه فقال له المطلوب اجمع مطالبتك حتى أجيبك لم يكن له ذلك وله أن يطلب من حقوقه ماشاء ويترك ماشاء وان كان انما قال له هل لك فى هذه القرية شئ غير الابتياع الذى قمت به على فقال له خصمه جاوبنى عن الابتياع أولا فليس له ذلك حتى يقول له ليس لى دعوى غير الابتياع وحينئذ يلزم المطلوب الجواب بالاقرار أو الانكار قال المتيطى وهذا خلاف ماحكاه ابن أبى زمنين فى التفرقة بين المواريث وغيرها لان المواريث لايحاط بها فيلزم المدعى عليه الجواب على ما ادعى عليه فيها بخلاف غير المواريث لايلزم المدعى عليه الجواب حتى يجمع المدعى دعاويه كلها انتهى وذكرها بعد هذا فى فصل مسائل تتعلق بحكم اليمين ونصه مسئلة قال ابن أبى زمنين فى المقرب ومن وجبت له على رجل يمين لبعض ماجرى بينهما من المعاملات فى الأخذ والاعطاء فقال المدعى عليه للمدعى اجمع مطالبك ان كنت تزعم ان لك عندى مطلبا غير هذا الذى تريد احلافى عليه لأحلف فى جميع ذلك يمينا واحدة فهو من حق المدعى عليه بخلاف من وجبت له يمين على صاحبه بسبب ميراث فقال المدعى عليه للمدعى اجمع مطالبك قبلى فى هذا الميراث لاحلف لك على هذا كله يمينا واحدة لم يكن له ذلك لان الميراث لايحاط بالحقوق فيه وقد تقدم فى فصل الجواب عن الدعوى حكم هذه المسئلة وفيها من الخلاف غير هذا انتهى وفى الفصل الثانى من مفيد الحكام ابن أبى زمنين ومن لزمتك له يمين بلا بينة الا بمجرد الدعوى فى قول من يرى ذلك فلك أن تقول له اجمع دعاويك كلها قبلى لادخلها فى يمينى ولو لزمتك له بسبب ميراث لم يكن لك أن تقول اجمع دعاويك كلها لادخلها فى يمينى لان الميراث لايحاط بالحقوق فيه وهذا الذى أخذنا عن مشيختنا انتهى ولم يحك فيه خلافا وبهذا جرى العمل فى هذا الزمان وذكر فى التبصرة بعد هذه المسئلة فى الموضع الثانى مسئلة من الوثائق المجموعة تشهد لهذا وهى من ادعى بحقوق وزعم انه لابينة له على بعضها وله بينة على بعضها وأراد استحلافه فيما لابينة له فيه ويبقى على اقامة البينة فيماله فيه بينة فانه ان التزم انه ان لم تقم له بينة فيما زعم ان له فيه بينة لم تكن له يمين على المدعى عليه فانه يحلفه الآن فان أقام البينة والا فلا يمين له عليه وان لم يلتزم ذلك لم يستعمل يمينه حتى يقيم البينة فان أقامها والا جمع دعاويه وحلف له على الجميع انتهى (فرع) واذا قلنا ان الدعاوى تجمع فى يمين واحدة فاذا كان بعضها مما تغلظ فيه اليمين وبعضها لاتغلظ فيه اليمين فان من وجبت عليه اليمين يخير بين أن يحلف يمينا واحدة فى المسجد وبين ان يحلف على مالا تغلظ فيه فى غير المسجد ثم يحلف أخرى فى المسجد ذكره ابن سهل فى ترجمة جمع الدعاوى فى يمين واحدة (تنبيه) قوله ثم مدعى عليه هذا اذا كان المدعى عليه ممن يصح اقراره فان كان ممن لايصح اقراره فقال ابن فرحون فى تبصرته ليس للحاكم أن يسمع الدعوى على من لايصح اقراره قاله فى الفصل الثالث فى تقسيم المدعى عليهم واعلم أن الدعوى على المحجور على ثلاثة أقسام القسم الاول أن يدعى عليه بما لايلزمه ولو قامت به البينة كالبيع والشراء والسلف والابراء فهذا لايسمع القاضى الدعوى به ولا البينة والقسم الثانى مايلزمه فى ماله اذا قامت به البينة ولايلزمه باقراره

(ثم مدعى عليه ترجح قوله بمعهود أو أصل) ابن شاس المدعى من تجردت دعواه عن أمر يصدقه أو كان أضعف المتداعيين أمرا فى الدلالة على الصدق واقترن بها مايوهنها عادة وذلك كالخارج عن معهود فى الدلالة على الصدق والمخالف لأصل وشبه ذلك ومن ترجح جانبه بشئ من ذلك فهو المدعى عليه (بجوابه) ابن عرفة اذا ذكر المدعى دعواه فمقتضى المذهب أمر القاضى خصمه بجوابه ان استحقت الدعوى جوابا والا فلا راجع ابن عرفة

(ان خالطه) اللخمى من ادّعى قبل رجل دعوى فأنكره لم يحلف بمجرد الدعوى الا بما ينضاف اليها من خلطة وشبهة أو دليل وذلك يختلف باختلاف المدعى فيه (بدين) الباجى الدعاوى التى تعتبر فيها الخلطة هى المداينة ومن ادعى ثوبا بيد انسان انه له فاليمين على المدعى عليه * ابن زرقون لأنها دعوى فى معين وقال بعض الشيوخ لا يحلف على دعوى المعينات الا بلطخ أو شبهة * المتيطى ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اليمين على المدعى عليه اذا كانت بينهما خلطة وقضى بذلك على رضى الله عنه والمشيخة السبعة (اوتكرر بيع) المازرى قال ابن القاسم وغيره الخلطة ان يبيع انسان انسانا بالدين مرة واحدة و بالنقد مرارا قال ابن سلمون واذا لم تقع مفاصلة بين المتعاملين ومات أحدهما أوغاب فادّعى أحدهما انه بقى قبله من سبب تعاملهما وأشبه ما ادّعاه فرأى المتأخرون انه يثبت ذلك ويحلف على ما يدعيه ويحكم له به أنظر فى فصل الصلح منه ومن العتبية قال ابن القاسم اذا قال كنت أعامل فلانا فادعى على فاعطوه قال يصدق فى معاملة مثله وأراه ذكره عن مالك قال ابن القاسم ويكون من رأس المال وان ادّعى ما لا يشبه بطلت دعواه من الوصايا من ابن سلمون (وان بشهادة امرأة) * ابن المواز اذا أقام المدعى بالخلطة شاهدا حلف وثبتت الخلطة ثم يحلف حينئذ المدعى عليه وقال ابن كنانة شهادة امرأة واحدة توجب اليمين أنه خلطة (لا ببينة جرحت) روى ابن القاسم عن مالك فيمن أقام شهودا عدولا على رجل بحق فأقام الرجل بينة انهم معادون له فسقطت شهادتهم فهم كمن لم يشهد وكأنه رأى ان لا يحلف وكذلك عنه فى العتبية (الا الصانع والمتهم) أصبغ سبعة تجب عليهم اليمين دون خلطة الصانع والمتهم بالسرقة والرجل يقول عند موته لى عند فلان دين والرجل يمرض فى الرفقة فيدعى انه دفع ماله لرجل وان كان المدعى عليه عدلا وكذلك من ادّعى عليه رجل غريب نزل فى مدينة انه استودعه مالا ابن عرفة نقل ابن رشد هذه الخمسة غير معزوة كلها المذهب * الباجى ومثل الصانع تجار السوق لانهم نصبوا أنفسهم للناس

كالغصب والاستهلاك والاتلاف واستحقاق شئ من ماله ونحو ذلك من الجراح التى لا توجب القصاص وانما توجب المال فهذا يسمع القاضى الدعوى به ويكلف المدعى اثبات ما ادعاه ويحكم به فى مال المحجور ولا يكلف المحجور اقرارا ولا انكارا القسم الثالث ما يلزم المحجور اذا أقر به كالطلاق والجراح التى توجب القصاص اذا كان المحجور بالغا فهذا تسمع الدعوى فيه ويكلف الاقرار والانكار وهذا التقسيم مأخوذ من كلام ابن فرحون المشار اليه وما ذكره فى باب الحجر من انه يلزمه الطلاق والحدود ونحو ذلك فتأمله والله أعلم وأما عكس هذا وهو دعوى المحجور على غيره فقال فى معين الحكام يجوز للمحجور طلب حقوقه كلها عند قاض أو غيره ولا يمنع من ذلك فى حضور وصيه أو غيبته قال ابن بكير وله أن يوكل على ذلك ليعلم ما يتوجه اليه وخالفه غيره فى ذلك انتهى وقال فى المتيطية فى الوصايا فى فصل تقديم الوصى قال غير واحد من الموثقين والسفيه طلب حقوقه بمحضر وصيه وفى مغيبه والخصام فيها وليس له أن يوكل على طلبها وقال ابن بقى وغيره له أن يوكل كما له أن يطلب وعلى هذا مضى العمل انتهى وقال ابن رشد فى نوازله للمحجور أن يطلب وصيه وغيره بماله قبله من حق ليظهره وليبينه فان ظهر من وصيه انكار لحقه وجحد عزل عنه انتهى وانظر القلشانى عند قول الرسالة ومن قال رددت اليك ما وكلتنى عليه (فرع) قال فى معين الحكام ولو طلب يتيم لا وصى له ولا مقدم حقا له فسأل المطلوب أن يقدم عليه لاجل الخصام فلا يمكن من ذلك واذا استحق اليتيم حقه قدم القاضى من يقبضه له ويجوز الاحتساب للايتام ان لم يكن لهم ولى الا أن يخاف ضعفه انتهى ص * (ان خالطه بدين أو تكرر بيع وان بشهادة امرأة) * ش ما قاله الشارح وابن غازى كاف فى ذلك وظاهره ان المرة الواحدة فى الدين تكفى وهو كذلك كما سيأتى فى الفرع الآتى ونصه (فرع) قال فى التوضيح وفى سماع يحيي عن ابن القاسم من كتاب الشهادات فيمن يأتى قوما بذكر حق كتبه على نفسه لرجل غائب فيشهد بما فيه لا أرى أن يكتب فيه اذا خاف على نفسه لرجل غائب ليستوجب بذلك مخالطته فيحلفه ان ادعى عليه بعض الشيوخ فظاهره ان المرة الواحدة مخالطة انتهى كلام التوضيح فى كلامه على الخلطة وقال الشيخ أبو الحسن فى كلامه على نفقة الزوجة من كتاب النكاح الثانى عن أبى محمد صالح ينبغى لمن أتاه رجل بكتاب فيه دين فقال له اشهد علىّ بما فيه أن لا يشهد الا بحضور من له الدين خوفا من هذا قال الشيخ وذكر الشيخ ابن رشد فى سماع يحيي ان الموثق اذا أراد أن يحترز من هذا يكتب أقر فلان لفلان بدين من غير محضر من المقر له قال الشيخ وهذا أبين مما قاله أبو محمد صالح فيكتب اقراره كما ذكر ثم لا يحكم له بذلك حتى

(والضيف) أنظران كان يعنى بهذا الرجل الغريب نزل فى مدينة كما تقدم (ومعين) أنظر قبل قوله وتكرر ونقل ابن يونس عن ابن مناس وغيره انما تراعى الخلطة فيما يتعلق بالذمم من الحقوق والاشياء المستهلكة وأما الاشياء المعينة يقع التداعى فيها فاليمين فى ذلك واجبة من غير خلطة وعلى هذا جرت مسائل المدونة وانه لم يراع فى الاشياء المعينة خلطة من ذلك اذا أنكر المشترى الشراء وادعاه البائع تحالفا واذا ادّعى السارق شراء السرقة حلف له ربه واذا ادعى شراء الامة التى شهد عليه بوطئها حلف ربها ولم يشترط فى ذلك خلطة قال ابن يونس قال بعض شيوخنا لا يجب اليمين الا بخلطة فى الاشياء المعينة وغيرها الا فى مثل ان يعرض الرجل سلعته فى السوق للبيع فيأتى رجل فيقول قد بعتها منى فمثل هذا تجب له اليمين بلا خلطة لأنه عرضها لما ادّعى عليه فصارت تهمة توجب عليه اليمين * ابن يونس هذا القول (١٢٨) أشبه بالمذهب للاثر ومن جهة النظر لأن الاقدام على الايمان يشق ويصعب على ذى المروآت والديانات وذوى الاقدار وعلى النساء أشد حتى ان أكثر هؤلاء يبذل ما ادّعى عليه افتداء من يمينه (والوديعة على أهلها) اللخمى يراعى فى الوديعة ثلاثة أوجه أن يكون المدعى يملك مثل ذلك جنسا وقدرا وثبوت ما يوجب الايداع ليس الغالب من المقيم ببلده أن يودع ماله الا بسبب خوف أو طلب سلطان أو سفر بخلاف الطارئ وأن يكون المدعى عليه ممن يودع مثل ذلك ممن تتوجه عليه اليمين (والمسافر على رفقته) تقدم عند قوله الا الصانع ان المريض فى الرفقة يدعى انه دفع ماله لرجل عدل انه يحلف له لكن قال هذا فى المريض وقد تقدم للخمى أنه لا بد من ثبوت ما يوجب الايداع فانظر اطلاق خليل (ودعوى مريض) تقدم أن ما يوجب اليمين بلا ثبوت خلطة الرجل يقول عند موته لى عند فلان دين (أو بائع على حاضر المزايدة) أنظر ذكره هذا الفرع مع بنائه ان الخلطة لا تراعى فى معين أو يكون هذا مثل قوله فى النضح أوفيهما (فان أقر فله الاشهاد عليه وللحاكم تنبيهه عليه) ابن عبد الحكم يأمر القاضى المدعى عليه أن لا يتكلم حتى يفرغ المدعى من كلامه ثم يسأله أيقر أم ينكر فان أقر قال للطالب اشهد على اقراره ان شئت لئلا يرجع عليه قال أشهب وللقاضى ان يشد عضد أحدهما ان رأى ضعفه عن صاحبه وخوفه منه ليبسط رجاءه وأمله فى العدل أو يلقنه حجة عمى عنها انما يمنع تلقين أحدهما الفجور وقال سحنون لا ينبغى أن يشد عضد أحدهما ولا يلقنه حجة وكان سحنون اذا سمع الدعاوى والانكار أمر كاتبه فكتبها ثم عرض ما كتب عليهما وان وافقا عليه أقره وقال أصبغ اذا أقر أحدهما بما فيه للآخر نفع فلا بأس ان ينبهه القاضى بقوله هذا لك فيه

يقر فان ادعاه انفذوا العمل اليوم على ايجاب اليمين من غير خلطة فلا يحتاج الى التحرز مما ذكر انتهى والله أعلم ص ﴿والضيف﴾ ش قال ابن غازى الثالث الغريب ينزل بمدينة فيدعى على رجل منها انه استودعه مالا فكأنه عبر بالضيف عن الغريب الطارئ على البلد سواء ضيفه المدعى عليه أم لم يضيفه وبهذا يساعد نص المتيطى ويتبادر من عبارة المصنف غير هذا ولكن لم أر من ذكره انتهى وقد ذكره ابن فرحون فى تبصرته ونصه ومنها الرجل يتضيف عند الرجل فيدعى عليه انتهى ومن المواضع التى لا تحتاج الى اثبات الخلطة قال ابن فرحون لو لقى رجل رجلا فادعى عليه بقية كرائه حلف المدعى عليه انه ما اكترى منه شيأ وكذلك ان كان المدعى عليه هو صاحب الدابة حلف ان كان منكرا انتهى ص ﴿وفى معين﴾ ش انظر الاكمال فى حديث الحضرمى والكندى من كتاب الايمان فانه أطال الكلام عليه وذكر الفوائد المستنبطة من هذا الحديث والله أعلم ص ﴿ وللحاكم تنبيهه عليه ﴾ ش هو نحو عبارة ابن الحاجب فقال فى التوضيح وظاهره التخيير وفى النوادر عن ابن عبد الحكم واذا أقر المطلوب بشئ أمره أن يشهد عليه لئلا ينكر انتهى وفى تبصرة ابن فرحون من الأمور التى تنبغى للحاكم مع الخصوم انه لا بأس أن يلقن أحدهما حجة عجز عنها وانما أكره له أن يلقنه حجة الفجور وصورة ذلك أن يقول لخصمه يلزمك على قولك كذا وكذا فيفهم خصمه حجته ولا يقول لمن له المنفعة قل له كذا وقال أشهب للقاضى أن يشد عضد أحدهما اذا رأى منه ضعفا أو يراه يخافه لينشط وينبسط أمله فى الانصاف وقال ابن عبد الحكم لا بأس أن يلقنه حجة لا يعرفها وخالف سحنون أشهب وابن عبد الحكم فيما قالاه وقال ابن الماجشون ينبغى للقاضى تنبيه كل خصم على تقييد ما ينتفع به من قول خصمه ان غفل ولا ينبه بعضادون بعض من معين الحكام واذا أقر أحد الخصمين فليقل لخصمه هات قرطاسا أكتب لك قوله ولا ينبغى له ترك ذلك وليفعل ذلك بجميع الخصوم انتهى وهذه المسئلة ذكرها فى مختصر الواضحة وترجم عليها بما نصه ما نهى عنه من تلقين القاضى أحد الخصمين وتضفيزهما

بينهما حججا لا ينتقلان منها ولا بأس به من ذلك ثم ذكر هذه المسئلة التى ذكرها ابن فرحون وذكر قوله وتضفيزهما بلفظ ولا يضفزهم حججا لا ينتقلان منها الى غيرها انتهى فتأمله والله أعلم وفى عبارة بعضهم ولا يصفرهما بصاد مهملة ثم فاء ثم راء مهملة مضارع صفر وفى بعضها يصرفها بتقديم الراء على الفاء من الصرف وذلك كله غير صحيح بل الكلمة بضاد معجمة ثم فاء ثم زاى معجمة مضارع ضفز قال فى القاموس فى فصل الضاد المعجمة من باب الزاى الضفز لقم البعير أو مع كراهته ذلك والدفع والجماع والعدو والوثب والعقد والضرب باليد والرجل وادخال اللجام فى الفرس والضفز الغليظ ومنها اللقمة الغليظة وأضفزه التقمه كارها انتهى وفى المحكم الضفز والضفيز شعير يجش ثم يبل ويعلفه البعير وقد ضفزت البعير أضفزه فاضطفز وقيل الضفز أن تلقمه لقما كبارا وقيل هو أن يكرهه على اللقم وضفزت الفرس اللجام اذا أدخلته فى فيه وضفزه بيده ورجله ضربه وضفزها أكثر لها من الجماع قاله ابن الاعرابى انتهى والمعنى لا يدخلها عليهم أولا يلزمهم اياها حججا والله أعلم وقال فى مختصر الواضحة فى الترجمة المذكورة واذا تواضع الخصمان عند القاضى الحجج معنى قوله تواضع الخصمان والله أعلم وضع كل واحد حجته وكتبها وقيدها والله أعلم ص ﴿وان أنكر قال ألك بينة﴾ ش ظاهر هذا ان القاضى لا يسمع من بينة المدعى حتى يسأل المدعى عليه ولا شك ان هذا هو الأكمل فان سمع البينة قبل ذلك لم يكن خطأ قال فى المتيطية فى آخر كتاب حريم البئر واستحسن أهل العلم أن لا يسمع القاضى من البينة الا بعد ثبوت المقالة وعلى ذلك بنيت الأحكام ومن حجتهم فى ذلك انه قد يمكن أن يقر المدعى عليه بدعوى المدعى فيستغنى عن الاثبات ولكنه ان سمع البينة قبل انعقاد المقالة لم يكن ذلك من الخطأ الذى يوجب نقض الحكم انتهى (تنبيه) للقاضى أن يسمع البينة قبل الخصومة على مذهب ابن القاسم خلافا لعبد الملك قال فى المدونة فى باب المفقود من كتاب طلاق السنة وان أقام رجل البينة أنه أى المفقود أوصى له بشئ أو أسند اليه الوصية سمعت بينته فاذا قضى بموته بحقيقة أو بتعمير جعلت الوصى وصيا وأعطيت الموصى له وصيته ان كان حيا وحملها الثلث ولا أعيد البينة وكذلك ان أقامت امرأة بينة انه زوجها قضيت لها كقضيتى على الغائب انتهى وقال ابن فرحون فى التبصرة فى الفصل السادس من الركن الأول من الباب الخامس من القسم الأول (مسئلة) قال ابن الماجشون العمل عندنا أن يسمع القاضى من بينة الخصم ويوقع شهادتهم حضر الخصم أم لم يحضر فاذا حضر الخصم قرأ عليه الشهادة وفيها أسماء الشهود وأنسابهم ومساكنهم فان كان عنده فى شهادتهم مدفع أو فى عدالتهم مجرح كلفه اثباته والا لزمه القضاء وان سأله أن يعيد عليه البينة حتى يشهدوا بحضرته فليس له ذلك وقال بعض العراقيين لا يكون ايقاع الشهود الا بحضر الخصم المشهود عليه قال ابن حبيب وقال لى مطرف وأصبغ مثله وقال فضل وسحنون مثله الا أن يكون الخصم غائبا غيبة بعيدة انتهى وقال فى العتبية فى أول مسئلة من سماع عيسى من كتاب الأقضية قال عيسى وسئل ابن القاسم عن رجل ادعى وكالة ولم يثبتها بعد وشهود الحق الذى وكل فيه حضور أيقبل القاضى شهادتهم قال ان خاف أن يخرجوا الى موضع وكان لذلك وجه قبل القاضى شهادتهم ثم يثبت الوكالة بعد والا فلا حتى تثبت الوكالة قال ابن رشد هذا صحيح على معنى ما فى المدونة وغيرها من قول ابن القاسم وروايته عن مالك ان القاضى يسمع من البينة قبل وقت دخول الحكم بها من ذلك قوله فى كتاب طلاق السنة منها ان القاضى يسمع البينة على المفقود بانه أوصى بوصية

نفع هات قرطاسك أكتب لك فيه ولا ينبغى له ترك ذلك (وان أنكر قال ألك بينة

أو أوصى الى رجل قبل الحكم بقوبته و يأتى على قول مطرف وابن الماجشون ان القاضى لا يقبل من أحد بينة ولا يسمعها الا فى حال يحكم بها للطالب أو يدفع بها عن المطلوب انه لا يسمع من بينته حتى تثبت وكالته وان خشى مغيب بينته أشهد على شهادتهم انتهى وقال فى النوادر فى كتاب أدب القضاء فى انصاف الخصمين والعدل بينهما قال مطرف وابن الماجشون ولا يسمع من أحد الخصمين الا بمحضر صاحبه الا أن يعرف من المتخلف لددا فى تخلفه فيشكو اليه فيسمع منه ثم ذكر عن المجموعة عن أشهب كلاما ثم قال ومن العدل بين الخصمين أن لا يجيب أحدهما فى غيبة الآخر الا أن يعرف لددا من المتخلف أو لم يعرف وجه خصومة المدعى فلا بأس أن يسمع منه حتى يعلم أمره واذا جاء أحدهما ولم يحضر الآخر فلا يسمع منه حجته وليأمره باحضار خصمه أو يعطيه طينه أو يكتب بجلبه الا أن يكون لم يعلم ما خصومتهما فلا بأس أن يسمع منه انتهى ونقله ابن بطال فى أوائل مقنعه وقال فى الباب الذى قبله قال محمد بن عبد الحكم واذا استعدى رجل على رجل بدعوى عند الحاكم فان كان فى المصر أو قريبا منه اعطاه طابعا فى جلبه أو رسولا وان كان بعيدا من المصر لم يجلبه الا أن يشهد عليه شاهدان أو شاهد فاذا ثبت عنده كتب الى من يثق به من أمنائه اما أنصفه والا فليرتفع معه وأما القريب من المدينة مثل أن يأتى ثم يرجع و يبيت فى منزله والطريق مأمونة فهذا يرجع بالدعوى كالذى فى المصر انتهى ونقله ابن فرحون فى الفصل المتقدم ذكره وأطال الكلام فيه فراجعه والله أعلم ص ﴿ فان نفاها واستحلفه الى آخره ﴾ ش قوله واستحلفه يشير الى أن القاضى لا يستحلف الخصم حتى يطلب ذلك خصمه قال ابن فرحون فى الفصل السادس فى سيرته مع الخصوم ومنها أن القاضى لا يستحلف المدعى عليه اذا أنكر الا باذن المدعى الا أن يكون من شاهد ذلك ما يدل على انه أراد ذلك من القاضى وقد ذكر عن بعض القضاة أن رجلا ادّعى على آخر ثلاثين دينارا فأنكر المدعى عليه فاستحلفه القاضى فقال الطالب لم آخذ فى هذه اليمين ولم أرض بها ولا بد أن تعاد اليمين فأمر القاضى غلامه أن يدفع عن المطلوب من ماله ثلاثين دينارا كراهة أن يكلفه اعادة اليمين التى قضى عليه بها واذا استحلفه له فلا بد من حضور المحلوف له أو وكيله فان تغيب وثبت تغيبه عند القاضى أقام القاضى من يقضيها انتهى وماذكره فيما اذا تغيب عن اليمين ذكره البرزلى فى مسائل التفليس ونصه من وجبت له يمين على رجل فتغيب عن قبضها فالقاضى يوكل من يتقاضى عنه اليمين اذا ثبت مغيب من وجبت له اليمين وشهد على ذلك من نظره وقال فى أوائل الفصل الذى ذكر فيه مسائل تتعلق بحكم اليمين مسئلة واذا حلف الخصم دون حضور خصمه لم تجزه اليمين وكذلك اذا بادر باليمين بحضور خصمه قبل أن يسأله ذلك فان لم يرض بها قبل أن يسأله لم تجزه انظر المنتقى للباجى وأحكام ابن سهل انتهى وعكس هذا أن يطلب الطالب اليمين من المطلوب بغير محضر الحاكم وأمره فيحلف له فان ذلك يكفيه كما سيأتى عند الكلام على النكول و يحمل قول المؤلف وله يمينه انه لم يحلفه عند حاكم أو دون حاكم والله أعلم (فرع) قال ابن فرحون فى آخر الفصل الذى ذكر فيه مسائل تتعلق بحكم اليمين (مسئلة) واذا وجبت يمين على رجل فأراد الطالب تأخيرها وأراد المطلوب تعجيلها أو بالعكس فتعجيلها أوجب لمن طلب ذلك منهما ولا تؤخر نقله ابن عبد السلام فى بعض تعاليقه عن أبى الفرج انتهى كلام ابن فرحون (فرع) فاذا كانت الدعوى على امرأة وطلب الخصم أن تحلف بمحضره فقال البرزلى فى كتاب الشهادات قال عبد الوهاب اذا كانت المرأة من أهل الشرف والقدر جاز للحاكم أن يبعث اليها

فان نفاها واستحلفه

فلابينة الالعذر كنسيان) المـازرى الاصل ان القاضى لايستحلف المدعى عليه الاباذن المدعى ادّعى رجل على رجل ثلاثين دينارا فأنكر المدعى عليه فاستحلفه القاضى فقال الطالب لم آذن فى هذه اليمين ولم أرض بها فلابد ان تعاد هذه اليمين فامر القاضى غلامه أن يدفع عن المطلوب من ماله الثلاثين دينارا كراهة أن يكلفه اعادة يمين قضى عليه بها ومن المدونة فاذا حلف المطلوب ثم وجـد الطالب بينة فان لم يكن علم بها قضى له بها قال فى الواضحة بعد ان يحلف بالله انه ماعلم بها قال فى المدونة وان استحلفه بعد علمه ببينـة تاركا لها وهى حاضرة أوغائبـة فلاحق له وان قدمت بينة وقيل ان عمر رضى الله عنه قضى بها لليهودى وقال البينة العادلة أحب الى من اليمـين الفاجرة أنظر بعد هذا عند قوله وان استحلفه وله بينة يعلمها لم تسمع (أو وجـد ثانيا أومع يمين لم يره الاول) أنظر هذه العبارة وانما هو فرع واحد ونص المدونة قال مالك وجه الحكم فى القضاء اذا ادلى الخصمان بحجتهما ففهـم القاضى عنهما وأراد أن يحكم بينهما أن يقول لهما أبقيت لـكما حجة فان قالا لاحكم بينهما ثم لايقبل منه حجة بعـد انفاذ حكمه ولو قال له بقيت لى حجة أمهله فان لم يأت بشئ حكم عليه فان أتيا بعد ذلك بريدان نقض ذلك لم يقبل منهـما الا أن يأتيا بأمر يرى ان لذلك وجها قال ابن القاسم مثل ان يأتى بشاهد عنـد من لايقضى بشاهد ويمين وقال الخصم لا أعلم لى شاهـدا آخر فحـكم عليه القاضى ثم وجد شاهدا آخر بعد الحكم فليقض بهذا الآخر ومثل ان يأتى ببينـة لم يعلم بها وما أشـبه ذلك والا لم يقبل منـه (وله يمينـه انه لم يحلفـه أولا وكذا انه عالم بفسـق شهوده) المـازرى وكذلك اختلفـوا فى المدعى اذا طلب يمين المدعى عليـه فقال قـد كنت استحلفتـنى فاحلف لى على ذلك فمن ذهب الى انه يجب ان يحلف له وجب ان يحلف من قام بشهادة شهود عـدول انه لم يعـلم بفسقهم ولا اطلع عليـه اذا قال له المشهود عليه انما أعـلم بعلمك بفسـق شهودك وكذا ان قال له احلف لى على انك لم تستحلفنى على هذه الدعوى فيما مضى لم يكن له أن يستحلفه يمينا ثانية وبهذا مضى القضاء فى هـذه المسـئلة والفتيا عندنا أن يلزم المدعى اليمـين للمدعى عليه انه مااستحلفه قبل ذلك أو يرد عليه اليمـين انه قد استحلفه على هذه الدعوى ثم لايحلف مرة أخرى (وأعذر بأبقيت لك حجة) المتيطى الاعـذار المبالغة فى العذر يقال اعذر الرجل أى أتى بعذر صحيح ومنه المثل من أنذر فقـد أعذر أى بالغ فى العذر من تقـدم اليك فأنذرك ومنه اعـذر القاضى الى من ثبت عليه حق فى الشهود وتقدم عند قوله أو وجد ثانيا قول المـدونة يقول لهما أبقيت لـكما حجة

من يحلفها الا انه صيانة ولا مقال للخصم لان من له احلافها فليس له ابتذالها قال البرزلى يؤخـذ من هذه المسئلة ان الطالب لليمين لايحضر معها وبعث القاضى يكفى ونزلت وحكم بانه يقف بحيث يسمع يمينها ولايرى شخصها لانه قابض لليمين وعلى ماذكرهنا يكون على وجه النيابة انتهى ص ﴿فلا بينة الالعذر كنسيان ﴾ ش قال ابن فرحون فى الباب الثالث عشر من التبصرة (تنبيه) قال فى المتيطية ومن الحزم للمدعى عليه اذا طلب المدعى يمينه أن يلزم المدعى انه قد أسقط بينة ماعلم منها ومالم يعلم فاذا اعقد على نفسه مثل هذا لم يكن له أن يقدم عليه بعـد يمينه بالبينة انتهى (فرع) قال الشيخ زروق فى شرح الرسالة ولو حلفه على انه متى وجد بينة قام بها ففى اعمال شرطه قولان فانظره انتهى ص ﴿ قال وكذا انه عالم بفسق شهوده ﴾ ش انظر اذا ادّعى المشهود عليه ان بينـه وبين الشهود عداوة وادعى أن خصمه يعـلم بذلك فهل له أن يحلفه على ذلك أم لا لم أر الآن فيها نصا وقد سئلت عنه مرارا فأجبت الظاهر ان اليمين تلزمه قياسا على هذه المسئلة فتأمله والله أعـلم ص ﴿ واعـذر بأبقيت لك حجة ﴾ ش تصوره واضح (تنبيهان * الأول) كان المصنف هرب بافراد الضمير فى قوله لك مما فى المدونة من تثنيته لان فيها وجه الحـكم فى القضاء اذا أدلى الخصمان بحجتهما ففهم القاضى عنهـما وأراد أن يحكم بينهـما أن يقول لهما أبقيت لـكما حجة فان قالا لا حكم بينهما ثم لاتقبل منـه حجة بعـد انفاذه انتهى فقيل الحجة انما تطلب ممن يتوجه عليه الحكم وهو المدعى عليه ولهذا اختصرها أبو محمد بافراد الضمير لـكن أجيب عنها بان الحـكم تارة يتوجه على الطالب وتارة على المطلوب لانه قد تقوى حجة المدعى عليه فتضعف حجة المدعى فيتوجه الحـكم عليه بالابراء وغيره فلابد من الاعذار فلما كان يعذر تارة الى هـذا وتارة الى هـذا اختصر وأتى بذلك فى لفظ واحد كذا قال عياض وغيره انتهى من التوضيح (الثانى) اختلف فى وقت الاعذار الى المحكوم عليه فقيل قبل الحـكم وبه جرى العمل وقيل بعده ذكره فى مفيد الحـكام ونقله ابن فرحون فى تبصرته وفى مسائل ابن زرب ولاتتم قضية القاضى الابعد الاعذار انتهى وفى آخر وثائق

(وندب توجيه متعدد فيه) المتيطى لا ينفذ القاضى حكمه على أحد حتى يعذر اليه برجلين وان أعذر بواحد أجزاه على ما فعل النبى صلى الله عليه وسلم فى أنيس اذ قال له اغد على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها (الا الشاهد بما فى المجلس وموجهه ومزكى السر والمبرز بغير عداوة ومن يخشى منه) أما الفرع الاول فقال ابن سهل ما انعقد فى مجلس القاضى بما أقر له بين يديه لا اعذار فيه وقد أسقط مالك الاعذار فيمن عدل عند القاضى فكيف به فيمن هو عنده عدل وشهد عنده بما سمع فى مجلسه وأما انه لا اعذار فى الفرع الثانى فقال المتيطى لا اعذار فيمن يوجهه الحاكم قبل نفسه وقال ابن عات لا اعذار فيمن يوجهه الحاكم من قبل نفسه وقال ابن عات لا اعذار فيمن وجه للاعذار قال أبو ابراهيم لا اعذار فيمن أعذر به الى مشهود عليه من امرأة لا تخرج أو مريض كذلك وأما انه لا اعذار فى مزكى السر فقد تقدّم نص ابن رشد تعديل السر يفترق من العلانية انه لا اعذار فيه وأما انه لا اعذار فى المبرز فقال اللخمى يسمع الجرح فى المتوسط العدالة مطلقا وفى المبرز تجريح العداوة أو القرابة وشبهها وأما انه لا اعذار بالنسبة لمن يخشى منه فقال اللخمى من حق الشاهد والمشهود له أن يعلما بالجرح اذ قد يكون بينه وبين المشهود عليه قرابة أو غير ذلك مما يمنع التجريح ويختلف ان كان الشاهد والمشهود له ممن يتقى شره (وانظره لهما باجتهاده ثم حكم كنفيها) ابن رشد ضرب الاجل للمحكوم عليه فيما يدعيه من بينة مصروف الى اجتهاد الحاكم بحسب ما يظهر له وتقدم نص المدونة يقول لهما أبقيت لكما حجة فان قالا لا حكم بينهما انظر عند قوله أو وجد ثانيا (وليجب عن المجرح اللخمى يستحب كون التجريح سرا لان فى اعلانه أذى للشاهد ومن حد الشاهد والمشهود له أن يعلما بالمجرح أنظر فى الفرع قبل هذا (و يعجزه الا فى دم وحبس وعتق ونسب وطلاق) الجزيرى اذا انصرمت الآجال وعجز الطالب عجزه القاضى وأشهد بذلك ويصح التعجيز فى كل شئ يدعى فيه الا فى خمسة أشياء الدماء والاحباس

الجزيرى فى تسجيل بنقض حكم قضاء قاض فنظر فيه فتبين له من خطئه وجهله بالسنة ما أوجب فسخ قضائه عند فلان اذا كان لم يعذر اليه أو لم يصرح بأسماء الشهود الذين حكم بهم اذ ليس ذلك جائزا اذ ليس بمشهور بالعدل فى الحكم انتهى فعلم منه ان الحكم قبل الاعذار لا يجوز وفى البرزلى فى مسائل الأقضية وحكى ابن فرحون مسئلة طوّل فيها من ابتياع وخصومة فيها فذكر فيها ان حكما وقع بغير اعذار فاختلف فيه فذهب منذر بن اسحاق الى أن الحكم بغير اعذار غير صواب ولا هو من وجه الحق لانه من قبيل من لا يجب قبوله وليس نظره بحجة قال وفيه ضعف وقال مطرف وابن الماجشون اذا لم يكتب الاعذار فى الحكم وزعم المكتوب عليه بعد موت الحاكم أو عزله انه لم يمكنه من جرح الشاهد فلا يسمع منه والحكم ماض عليه وقال غيرهما ان دعى الى الاعذار فانه يعذر اليه وذلك من حقه فان أتى بمدفع نظر له وان لم يأت بمدفع مضى الحكم بالاعذار اليه ولا يستأنف النظر فيما تقدم من الحكم لغفلة من غفل عن تتبع حقه انتهى ويؤخذ من المسئلة الثانية من سماع عبد الملك بن الحسن من الاستحقاق أن الغائب على حجته وله نقض الحكم اذا ظهر ما ينقضه ولو لم ترج له الحجة لانه فى المسئلة المذكورة لم ترج له الحجة وفى أثناء شرح المسئلة الاخيرة من رسم طلق من سماع ابن القاسم من طلاق السنة فى تعليل المسئلة لان الشهادة لا يجب الحكم بها الا بعد الاعذار الى المشهود عليه انتهى وانظر مختصر الواضحة فى باب ما يفسخ فيه حكم القاضى والله أعلم ص ﴿ وندب توجيه متعدد فيه ﴾ ش الضمير المجرور بفى يعود على الاعذار المدلول عليه بقوله واعذر يعنى أنه يستحب للقاضى اذا وجه من يعذر الى أحد فليوجه اليه متعددا قال فى معين الحكام ينبغى للقاضى أن لا يحكم على أحد حتى يعذر برجل أو رجلين واذا أعذر بواحد أجزأه انتهى ص ﴿ وموجهه ﴾ ش وكذا لا اعذار فيمن يوجهه القاضى فى الاعذار الى شخص أو غيره قال فى تبصرة ابن فرحون (مسئلة) قال أبو ابراهيم ولا يعذر القاضى فيمن أعذر به الى مشهود عليه من امرأة أو مريض لا يخرجان (مسئلة) ولا يعذر فى الشاهدين اللذين يوجههما لحضور حيازة الشهود لما شهدوا فيه من دار أو عقار وقال ابن سرى سألت ابن عتاب عن ذلك فقال لا اعذار فيمن وجه للاعذار وأما الموجهان للحيازة فيعذر فيهما وقد اختلف فيهما (مسئلة) وكذلك الشاهدان الموجهان لحضور اليمين لا يحتاج الى تسميتهما لانه لا اعذار فيهما على المشهور من القول لان القاضى أقامهما مقام نفسه وقيل لا بد من الاعذار فيهما (مسئلة) وكذلك الشهود الذين يحضرون تطليق المرأة وأخذها بشرطها فى مسائل الشروط فى النكاح لا يحتاج الى تسميتهم لانه لا اعذار فيهم انتهى قال والدى حفظه الله ولعل المؤلف أشار الى جميع ذلك وما أشبهه

والعتق والطلاق والنسب وبه قال ابن القاسم وأشهب وابن وهب فان قضى على القائم باسقاط دعواه حين لم يجد بينة من غير تعجيزه ثم وجد بينة فله القيام بها ويجب القضاء له (وكتبه) من المفيد حق على القاضى أن يكتب التعجيز ويشهد عليه ثم لا ينظر له هو ولا من جاء بعده ان جاء ببينة تثبت ما عجز عنه من ذلك الا العتق وماذكر معه (وان لم يجب حبس وأدب ثم حكم بلا يمين) اللخمى اذا ادعى أحدهما على الآخر دعوى فلم يقر المدعى عليه ولم ينكر فقال مالك فيمن كانت بيده دار ادعى رجل انها لابنه وجده فسئل من هى بيده فلم يقر ولم ينكر انه يجبر على ان يقر أو ينكر قال محمد فان لم يقر ولم ينكر حكم عليه للمدعى بلا يمين (وللمدعى عليه السؤال عن السبب وقبل نسيانه بلا يمين) أشهب لو سأل المدعى عليه طالبه من أى وجه يدعى عليه هذا المال فقال تقادمت بينى وبينه مخالطة سئل عن ذلك ولم يقض القاضى على المدعى عليه بشئ حتى يسمى المدعى السبب الذى كان له الحق ومثل هذا فى كتاب ابن سحنون وزاد ابن أبى الطالب أن يخبر بالسبب فان قال لانى لم أذكر وجه ذلك قبل منه وان لم يقل ذلك فلا يقضى على دعواه ونقله الباجى بلفظ أن يبين سبب دعواه وادعى نسيانه قبل منه بغير يمين وألزم المطلوب أن يقر أو ينكر * ابن عرفة فى هذا نظر راجعه فيه (وان أنكر المطلوب المعاملة فالبينة ثم لا تقبل بينة بالقضاء بخلاف لا حق لك على) انظر فى الوديعة عند قوله وبجحدها ثم فى قبول بينة الرد خلاف ومن المتيطى اذا ترافعا اليه عقدت فى ذلك أشهد القاضى عليه الى فادعى مدفعا أجله بسببه فلم يأت بشئ يعجزه وشاور أهل العلم وقال ان نوى أن تشهد على تعجيز كفلان وعلى الموكلين (١٣٣) له وان تعود الدار ميراثا لجميع الورثة وليس انكار خصمهم أن تكون الدار المذكورة صارت اليهم بسبب المتوفى تخرجهم عن حصصهم منها بالميراث لان الطالب لهم أتى ببينة تشهد له باشتراكهم أجمعين فيها بسبب الميراث وانما يحمل انكارهم على التعنيت للطالب ثم قال المتيطى وقولنا يعنى فى هذا التسجيل حكاية عن المفتين وليس انكار خصمهم الخ هو الصواب وهو رواية عيسى عن ابن القاسم وقال ابن كنانة وعلى ذلك جرت الاحكام وروى حسين عن ابن عرفة انهم اذا أنكروا أن يكون ذلك صار اليهم بسبب المتوفى فلما ثبت الاصل للمتوفى استظهروا أن يكون ذلك صار اليهم بسبب امابصدقة أوشراء أوغير ذلك فان ذلك لا ينفعهم لانهم قد أكذبوا بينتهم قال ابن الهندى وهذا أصح لان من أكذب بينة فقد أسقطها ومن أوجب له السماع منها بعد تكذيبه اياها فقد فتح باب التعنيت والتشغيب وأعان عليه قال المتيطى وأما لو أنكر المعاملة فأثبتها الطالب فاستظهر المطلوب بالبراءة بدفعه لذلك فانه لا يقبل منه بينة بعد انكار المعاملة هذا هو المشهور المعمول به وروى حسين عن ابن نافع انه تنفعه البراءة ولا يضره انكار المعاملة وأما ان قال ليس له على شئ فلما اقامت عليه البينة بسلف أو بيع جاء بالبراءة أوشهود على الدفع فانه يسقط ذلك الحق عنه قولا واحدا (وكل دعوى لا تثبت الا بعدلين فلا يمين بمجردها ولا ترد كنكاح) ابن الحاجب كل دعوى لا تثبت الا بشاهدين فلا يمين بمجردها ولا ترد كقتل العمد والنكاح والطلاق والعتق والنسب والولاء والرجعة (وأمر بالصلح ذوى الفضل والرحم كان خشى تفاقم الامر) اللخمى لا يدعو الى الصلح اذا تبين الحق لاحدهما الا أن يرى لذلك وجها قال وكذلك اذا أشكل الحكم عليه فانه يقف ولا يحكم وكذلك اذا تبين له الحق وهو يرى انه متى أوقع الحكم تفاقم الامر بين المتنازعين وعظم الامر وخشيت الفتنة وبندب أهل الفضل الى ترك الخصومات قال ابن سحنون كان أبى ربما رد الخصمين الا من عرف بالصحة والامانة فيقول لهما اذهبا الى فلان يصلح بينكما فان اصطلحتما والا رجعتما الى وترافع اليه رجلان من أهل العلم فأبى أن يسمع منهما وقال لهما استرا على أنفسكما ولا تطلعانى من أمركما على ما قدستره الله عليكما وقال عمر رضى الله عنه رددوا الحكم بين

بقوله وموجهه والله أعلم ص ﴿وان أنكر مطلوب المعاملة الى قوله لا حق لك على﴾ ش تقدم الكلام على هذه المسئلة فى باب الوكالات عند قول المصنف أو أنكر القبض فقامت البينة فشهدت بينة بالتلف وانظر الباب السادس والخمسين فى القضاء بموجب الجحود من القسم الثانى من التبصرة وانظر رسم ان خرجت من سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح (فرع) قال فى أول رسم من سماع عيسى من كتاب المديان فيمن ادعى على رجل بحق فقال المدعى عليه لا أعرفك ولا كانت بينى وبينك خلطة قط ثم ادعى بعد ذلك المدعى عليه قبل المدعى بحق وأتى عليه ببينة قال لا أرى ان تنفعه بينته الا أن تكون بعد ذلك خلطة ابن رشد ان أقام بينة عليه من معاملة قائمة قبل انكاره لم ينتفع بها وأما ان أقام البينة بحق له من معاملة حديثة بعد انكاره قضى له بها وان لم تكن بينهما خلطة وان قالت البينة لا ندرى هل كانت المعاملة قبل الاقرار أو بعده فالقول قول الطالب مع يمينه انها بعد الاقرار انتهى ص ﴿وكل دعوى لا تثبت الا بعدلين فلا يمين بمجردها﴾

ش قال فى المسائل الملقوطة وفى أحكام ابن سهل وان ادعى عليه انه قذفه لم تجب عليه اليمين الاان شهدت بينة بمنازعة وتشاجر كان بينهما فتجب اليمين حينئذ انتهى وقال الرعينى فى كتاب الدعوى والانكار واذا ادعى رجل على رجل انه عبده وأنكر الآخر ذلك فلا قول للمدعى الا ببينة ولا يمين على المدعى عليه وهو حر واذا كان عبد بيد رجل مقر له بالملك ثم ادعى بعد ذلك الحرية فعليه البينة انتهى وانظر بقية فروع المسئلة فيها والله أعلم ص ﴿ ولا يحكم لمن لا يشهد له على المختار ﴾ ش (تنبيه) قال ابن فرحون فى تبصرته فى الركن الثالث المقضى له (مسئلة) وفى ابن يونس لا ينبغى للقاضى أن يحكم بين أحد من عشيرته و بين خصمه وان رضى الخصم بخلاف رجلين رضيا بحكم رجل انتهى (فرع) قال ابن الحاجب ولا يحكم على عدوه قال فى التوضيح هو متفق عليه واتفاقهم هنا واختلافهم فى الاولى يعنى الحكم للقرابة يدل على ان مانع العداوة أقوى من مانع المحبة انتهى وسيقول المصنف ان مما ينتقض فيه حكم القاضى حكمه على عدوه وهو كذلك وصرح به فى النوادر وقال فيها أيضا قال سحنون أصله ان من لا تجوز شهادته عليه فلا يجوز أن يقضى عليه ولا أن يحكم برد شهادته ولينفذ شهادته غيره اذا ولى فى ذلك الشئ وفى غيره وقاله ابن المواز اذا ثبت ان بينه و بين القاضى الذى رد شهادته عداوة انتهى وممن تجوز شهادته عليه يتيم عدوه على الاصح فيصح حكمه عليه والله أعلم (فرع) قال ابن عرفة الشيخ لاشهب فى المجموعة وكتاب ابن سحنون لا يجوز أن يقضى القاضى لنفسه ولابن رشد فى رسم تأخير صلاة العشاء من سماع ابن القاسم له الحكم بالاقرار على من انتهك ماله فيعاقبه و يتمول المال باقراره ولا يحكم بشئ من ذلك بالبينة ودليله قطع الصديق رضى الله عنه يد الاقطع الذى سرق عقد زوجته أسماء لما اعترف بسرقته هذه الرواية الصحيحة انتهى يعنى بقوله هذه الرواية الصحيحة قطعه باعترافه فانه روى انه قطعه بالبينة والاول أصح قاله ابن رشد فى الرسم المذكور من كتاب الاقضية ولم يذكر ابن رشد ما تقدم الاعلى انه المذهب ونصه قيل لمالك أرأيت الذى يتناول القاضى بالكلام فيقول له قد ظلمتنى قال ان ذلك ليختلف ولم يحد فيه تفسيرا الا ان وجه ما قاله اذا أراد بذلك أذاه وكان القاضى من أهل الفضل أن يعاقبه ابن رشد وهذا كما قال لان للقاضى الفاضل أن يحكم لنفسه بالعقوبة على من تناوله بالقول وأذاه بأن نسب اليه الظلم والجور مواجهة بحضرة أهل مجلسه بخلاف ما يشهد به عليه انه أذاه به وهو غائب لان ما واجهه به من ذلك هو من قبيل الاقرار وله أن يحكم بالاقرار على من انتهك ماله فيعاقبه به أى باقراره و يتمول المال باقراره ولا يحكم فى شئ من ذلك بالبينة والأصل فى ذلك قطع أبى بكر رضى الله عنه يد الاقطع الذى سرق عقد زوجته أسماء لما اعترف بسرقته وان كان فى حديث الموطأ فاعترف به لأقطع أوشهد عليه على الشك فالصواب ما فى غير الموطأ أنه اعترف به من غير شك اذ لو لم يعترف لما قطعه بالبينة كما لو كان المسروق له اذ لافرق بين كونه له أو لزوجته فى هذا لان متاعها كمتاعه والدليل على ذلك قول عمر رضى الله عنه لعبد الله بن الحضرمى لما جاءه بغلامه فقال ان هذا سرق مرآة لامرأتى لاقطع عليه خادمكم سرق متاعكم ألا ترى ان الرجل لا يجوز أن يشهد لنفسه فان كان يحكم بالاقرار فى مال كما يحكم به فى مال غيره كان أحرى أن يحكم بالاقرار فى عرضه كما يحكم به فى عرض غيره لما يتعلق فى ذلك من الحق لله لان الجرأة على القضاة والحكام بمثل هذا توهين لامرهم وداعية الى الضعف عن استيفاء الحقائق فى الاحكام فالمعاقبة فى مثل هذا أولى من التجاوز والعفو وقاله فى الواضحة انتهى (فرع) قال ابن عرفة قال اللخمى وما اجتمع فيه حق له ولله فى جواز

ذوى الارحام حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث الضغائن اللخمى وهذا بين الاقارب حسن وان تبين الحق لأحدهما أولهما قال سحنون واذا كانت شبهة وأشكل الأمر فلا بأس أن يأمرهما بالصلح وقال مالك فى بعض المسائل لو اصطلحا (ولا يحكم لمن لا يشهد له على المختار) ابن عرفة فى صحة حكمه لمن لا تجوز شهادته له أربعة أقوال قال محمد كل من لا تجوز شهادته له لا يجوز أن يحكم له ونحوه لمطرف * اللخمى وهذا أحسن لان الظنة تلحق فى ذلك ولا فرق بين الشهادة والحكم وهذا فى المال قال أشهب فان أخذ القاضى من سرقه فله قطعه ولا يحكم عليه بالمال وقال ابن رشد للقاضى أن يحكم بالاقرار على من انتهب ماله ويعاقبه لقطع أبى بكر يد الاقطع الذى سرق عقد زوجته أسماء لما اعترف بسرقته قال ابن المواز فاذا حكم القاضى فأقام المحكوم عليه بينة ان القاضى عدوّله فلا يجوز قضاؤه عليه

(ونبذ حكم جار) ابن رشد القاضى الجائر ترد أحكامه دون تصفح له وان كانت مستقيمة فى ظاهرها الا أن يثبت صحة باطنها وفى نوازل البرزلى لا يجوز الحكم بالحدس والتخمين قال ابن الحاجب وهو فسق بريد وان صادف الحق فالمشهور الفسخ اه وانظر فى الاجتهاد عند قوله الا للتأول على الاحسن ان الجاهل لا يعذر بموافقته للفقه وقال ابن محرز ان حكم بالظن والتخمين من غير قصد الى الاجتهاد فى الأدلة فذلك باطل لان الحكم بالتخمين فسق وظلم وخلاف الحق ويفسخ هذا الحكم وغيره اذا ثبت عند الغير انه على هذا حكم (او جاهل لم يشاور) المتيطى القاضى العدل الجاهل الذى عرف منه أنه لا يشاور فللقاضى الوالى بعده أن يتصفح أحكامه فما ألفى منها موافقا للسنة نفذه وما ألفى منها مخالفا لما عليه الناس فى بلده الا أنه قد وافق حكمه قول قائل من أهل العلم وان كان ذلك القول لا يعمل به فانه ينفذ حكمه بذلك ولا يفسخه وما لم يصادف فيه قول قائل نقضه ولم ينفذه (والا تعقب ومضى غير الجور) ابن رشد القاضى العدل تتصفح أحكامه فما هو صواب أو خطأ فيه خلاف أنفذ وما هو خطأ لا خلاف فيه رد ابن رشد ويختلف فى أحكام القضاة الذين لا ترضى أحوالهم ولم يعلموا بالجور فى أحكامهم وفى أحكام أهل البدع فقال ابن القاسم وأشهب وابن نافع هى كأحكام الجائر لا يمضى الا ما علم صحة باطنه وقال أصبغ كأحكام العدل الجاهل يمضى منها ما كان صحيحا فى الظاهر (ولا يتعقب حكم العدل العالم) ابن رشد القاضى العدل العالم لا تتصفح أحكامه ولا ينظر فيها الا على وجه التحرير لها ان احتيج الى النظر اليها لعارض خصومة أو اختلاف فى حد لا على وجه الكشف والتعقب لها ان سأل ذلك المحكوم عليه فتنفذ كلها الا أن يظهر شىء منها عند النظر اليها على الوجه الجائز انه خطأ ظاهر لم يختلف فيه فليرد ذلك (ونقض وبين السبب مطلقا) اما حكم نفسه ففيه خلاف هل عليه أن يبين السبب بخلاف حكم غيره لا بد أن يبين ضرر فسخه قال مطرف فاذا حكم القاضى بفسخ قضية نفسه ولا فسر وجه فسخه فليس ذلك بفسخ وقال ابن الماجشون اشهاده على الفسخ يكفيه قال أصبغ وانما الفسخ الذى لا يكون شيأ حتى يخلص ما رد به القضية اذا فسخ حكم غيره (ما خالف قاطعا أو جلى قياس) انظر ما تقدم للمتيطى قبل قوله والا تعقب قال ابن الحاجب لا تتعقب احكام العدل العالم ولا ينقض منها الا ما خالف قاطعا * المازرى ويحمل ردّ علىّ بن أبى طالب رضى الله عنه قضاء شريح على أن عليا حفظ خبر أمر النبى صلى الله عليه وسلم أو قياسا جليا (كاستسعاء معتق بعضه وشفعة جار) ابن الماجشون من الخطأ الذى ينقض به حكم العدل العالم باستسعاء العبد لعتق بعضه وبالشفعة للجار وتوريث العمة والخالة والمولى الاسفل وشبهه * ابن عرفة لما ذكر المازرى هذه قال ابن عبد الحكم لا يرى النقض فى هذه المسائل لانه غير قطعى وقول ابن الماجشون بعيد لان الاستسعاء ثبت به حديث وعن عبد الملك اذا قضى بخلاف السنة المشهورة وان كان فيها نقض قضاؤه مثل القضاء لذوى الأرحام بالميراث والشفعة للجار وشهادة أهل الذمة * أبو عمر ما قال هذا غير عبد الملك (وحكم على عدو)

حكمه فيما هو لله كمن شهد عنده عدلان بانه سرق من ماله ما يقطع فيه فى حكمه بقطعه قولا ابن المواز وابن عبد الحكم (قلت) هذا يوهم أن قول محمد انما هو فيما شهد به عدلان وفى النوادر ما نصه قال أشهب فى المجموعة ان أخذ القاضى فله قطعه ولا يحكم عليه بالمال وكذا فى الموازية وفى المجموعة وكذا فى محارب قطع عليه الطريق فليحكم عليه بحكم المحارب ولو جاء تائبا (فرع) مما يجرى مجرى القاضى فى المنع من الحكم لمن يتهم عليه المفتى يعنى لمن يتهم عليه ممن لا تجوز شهادته له وينبغى للمفتى الهروب من مثل هذا انتهى من الركن الثالث المقضى له (فرع) قال الاقفهسى فى شرح المختصر فى آخر باب الاقضية * وسئل ابن أبى زيد هل يجوز الحكم لمغترقى الذمم بالغصوب الممتنعين باليد القاهرة على أحد ولا يجوز الحكم لا لهم ولا عليهم وما لم يعلم له مالك بعينه ولا هو عين المغصوب مما بأيديهم فهل يحكم له بحكم الفىء أم لا فاجاب من كان مغترق الذمة فلا يحكم له بما ليس له ولو كان عين الغصب وما بأيديهم اذا لم يعلم له مالك معروف ولا يعرف وارث مالكه ولا من يستحقه على حال من الأحوال ولا يمكن أن يتحاصص فى ماله بتحر ولا غيره اذ لا يحصل ما غصب ولا أقر به ولا يمكن تحريه فان كان ممن غصبه فقراء فيفرق فيهم ويعطى منهم من كان صغيرا قدر ما يرى وان كان لا يوجد فيمن غصبه مستحق للصدقة كان حكمه حكم الفىء وذلك حكم ما فى بيت المال ينظر ما هو أنفع يعمل به اما الصدقة أو بناء القناطر أو جميع ما يصرف فيه متاع بيت المال وقد وقع فى هذا قولان أحدهما يوضع ذلك فى بيت المال والآخر فى الفقراء وهى ترجع الى قول واحد انتهى ص ﴿ ونبذ حكم جائر الخ ﴾ ش هذا كما قال القضاة ثلاثة الأول الجائر فتنبذ أحكامه كلها أى تطرح وترد سواء

ابن المواز اذا أقام المحكوم عليه بينة ان القاضي عدوّله فلا يجوز قضاؤه عليه (أو بشهادة كافر وميراث ذى رحم) تقدم قول أبى عمران هذا لم يقله غير عبد الملك (أو مولى أسفل) تقدم هذا لابن الماجشون خلافا لابن عبد الحكم (أو بعلم سبق مجلسه انظر هذا مع ما يتقرر * اللخمي لا يقضى القاضى بما كان عنده من العلم قبل أن يلى القضاء ولا بعد ان ولى ان لم يكن فى مجلس القضاء وقبل ان يتحاكما اليه أو بمجلس الحكومة مثل أن يسمعهما أو أحدهما يقر للآخر فلما تقدما للحكومة أنكر وهو فى ذلك شاهد وقد اختلف اذا أقر بعد أن جلسا للخصومة ثم أنكر فقال ابن القاسم لا يحكم بعلمه وقال عبد الملك وسحنون ابن عبد الحكم يحكم ورأيا انهما اذا جلسا للمحاكمة فقد رضيا أن يحكم بينهما بما يقولانه ولذلك قصدا وان لم ينكر حتى حكم ثم أنكر بعد الحكم وقال ما كنت أقررت بشئ لم ينظر الى انكاره وهذا هو المشهور من المذهب (أو جعل بتة واحدة) ابن القاسم من طلق امرأته ألبتة فرفع لمن يراها واحدة فجعلها واحدة فتزوجها البات قبل زوج فلمن ولى بعده أن يفرق بينهما وليس هذا من الاختلاف الذى يقر الحكم به وقال ابن عبد الحكم لا ينقض ذلك كائنا ما كان ما لم يكن خطأ محضا (أو أنه قصد كذا فاخطأ ببينة) ابن الحاجب ان قامت بينة على ان للقاضى العدل فيما حكم فيه رأيا فحكم بغيره سهوا نقض حكمه * ابن عرفة ذكره ابن محرز انظر نصه بعد هذا عند قوله أو رأى مقلده (أو ظهر انه قضى بعبدين أو كافرين أو صبيين) ابن الحاجب لو ظهر انه قضى بعبدين أو كافرين أو صبيين نقض الحكم بخلاف رجوع البينة (أو فاسقين كأحدهما) اللخمي ان ثبت تقدم جرح البينة فقال مالك فى كتاب الشهادات ينقض الحكم وقال فى كتاب الحدود يمضى وعلى هذا يجرى ان ثبت ان بينهما وبينهم عداوة أو تهمة (كأحدهما) اللخمى ان ثبت ان أحد الشاهدين (١٣٦) عبد نقض الحكم قاله مالك وأصحابه ولو قيل يمضى كان له وجه بل هو أولى من امضائه ان ثبتت جرحته لان شهادة الفاسق مردودة اتفاقا والعبد أجاز شهادته على وأنس وشريح وغيرهم وان ثبت ان أحدهم نصرانى رد الحكم قولا واحدا واذا ثبت انهما أو أحدهما مولى عليه ففى كتاب ابن سحنون ينقض والنقض فى هذا ابعد منه فى العبد وقد قال مالك وغيره من أصحابه ان شهادة المولى عليه تجوز ابتداء وهو أحسن لانه حر مسلم عدل ولا ترد شهادته بجهله بتدبير ماله * ابن عرفة الروايات واضحة بان كونهما صبيين أو أحدهما ككونهما أو أحدهما كافرا (الا بمال فلا يرد ان حلف والا أخذ منه ان حلفا) من المدونة ان حكم بمال ثم تبين ان أحدهما عبد أو ممن لا تجوز شهادته حلف الطالب مع الباقى فان نكل حلف المطلوب واسترجع المال وان شهد عليه بقطع يد رجل عمدا فاقتص منه ثم تبين أن أحدهما عبد أو ممن لا تجوز شهادته لم يكن على متولى القطع شئ وهذا من خطأ الامام اه نقل ابن يونس وقال اللخمى يريد ان لم يعلم الحر ان الذى معه عبد * ابن عرفة استشكل قول المدونة انه من خطأ الامام ولم يقل يحلف المقتص له مع الشاهد الباقى كما قال فى المال لان قوله فيها ان جراح العمد تثبت بالشاهد واليمين كالمال ووجه بأن المال يمكن ردّه فكان المشهود له منتفع بيمينه فصح حلفه والقطع لا يمكن ردّه ولا نفع للمشهود له اه ما ينبغى أن يكون به الفتوى (وحلف فى القصاص خمسين مع عاصبه وان نكل ردّت وغرم شهود علموا والا فعلى عاقلة الامام) ابن سحنون ان بان أن أحدهما عبد أو ذمى أو مولى عليه فان حلف المقضى له بالقتل مع رجل من عصبته خمسين يمينا تم الحكم ونفذ وان نكل المحكوم له بالقتل عن القسامة انتقض الحكم كأنه لم يكن * ابن شاس اذا نكل المقضى له بالقتل عن القسامة فالنكول فى مثل هذا ترد به الشهادة وينقض به الحكم * اللخمى قال أصحابنا ولا غرم على الشاهد ان جهل ردّ شهادة العبد أو الذمى وقال بعض أصحابنا ذلك على عاقلة الامام * ابن شاس وقيل ان ذلك هدر لا على الامام لانه لم يخطئ فى نفس الحكم وقد فعل الذى عليه ولا تباعة أيضا على الشاهد ولا على المحكوم له

كان عالما أو جاهلا وظاهره ولو علم ان ما حكم به حق والثانى الجاهل فان كان لم يشاور العلماء نبذ حكمه مطلقا أيضا لان أحكامه كلها باطلة لانها بالتخمين وان كان يشاور العلماء تعقبت أحكامه وأمضى منها ما ليس فيه جور ونبذ الآخر والثالث العدل العالم فلا تتعقب أحكامه ولا ينظر فيها الا أن يرفع أحد قضيته ويذكر انه حكم فيها بغير الصواب فينظر فى تلك القضية وتنقض ان خالفت نصا قاطعا أو جلى قياس قال فى العمدة واذا حكم بحكم لم يكن له ولا لغيره نقضه الا أن يحكم بجهل أو يخالف قاطعا أو يكون جورا بينا انتهى وقال فى المسائل الملقوطة وفى مختصر الواضحة وعلى القاضى اذا أقر بالجور أو ثبت عليه ذلك بالبينة العقوبة الموجعة ويعزل ويشهر ويفضح ولا تجوز ولايته أبدا ولا شهادته وان أحدث توبة وصلحت حالته بما اجترم فى حكم الله تعالى انتهى (فرع) اختلف فى

احكام العمال فظاهر قول مالك فى رسم سلف من سماع ابن القاسم من الأقضية انها محمولة على الرد حتى يتبين أنها كانت أمضيت بحق فتجوز وهو خلاف ماوقع من قوله فى المدونة فيما قضت فيه ولاة المياه ان ذلك جائز الا أن يكون جورا بينا لان هذا يقتضى أنها على الاجازة فلا ينظر فيها ولا تتعقب مالم يتبين فيها الجور البين وهذا الاختلاف انما يصح فى غير العدل من الولاة فمرة رآها جائزة مالم يتبين الجور وهو مذهب أصبغ ومرة رآها مردودة مالم يتبين فيها الحق وهذا هو اختيار ابن حبيب وأما العدول منهم فلا اختلاف ان أحكامهم محمولة على الجواز وانها لا يرد منها الا ما تبين فيه الجور ويحتمل أن يحمل ما فى المدونة على العدل وما فى سماع ابن القاسم على غيره فلا يكون اختلاف من قول مالك (فرع) قال ابن رشد وان جهل حاله فالذى أقول به انه ينظر الى الذى ولاه فان كان عدلا فهو محمول على العدالة وان كان جائرا يولى غير العدول فهو محمول على غير العدالة وان كان غير عدل الا انه لا يعرف بالجور فى أحكامه وتوليته غير العدول جرى ذلك على الاختلاف فى جواز أحكامه انتهى وفى شرح مسلم للقرطبى فى كتاب الامارة فى بعث معاذ وأبى موسى رضى الله عنهما الى اليمن وقتل المرتد قال وفيه يعنى الحديث حجة على ان لولاة الأمصار اقامة الحدود فى القتل والزنا وغير ذلك وهو مذهب كافة العلماء مالك والشافعى وأبى حنيفة وغيرهم واختلف فى اقامة ولاة المياه وأشباههم لذلك فرأى ذلك أشهب لهم اذا جعل ذلك الامام لهم وقال ابن القاسم نحوه وقال الكوفيون لا يقيمه الا فقهاء الأمصار ولا يقيمه عامل السواد واختلف فى القضاة اذا كانت ولايتهم مطلقة غير مقيدة بنوع من الأحكام فالجمهور على ان جميع ذلك لهم من اقامة الحدود واثبات الحقوق وتغيير المنكر والنظر فى المصالح قام بذلك قائم أو اختص بحق الله وحكمه عندهم حكم الوصى المطلق فى كل شئ الا ما يختص بضبطه بيضة الاسلام من اعداد الجيوش وجباية الخراج انتهى ونحوه لعياض فى الاكمال (فرع) قال ابن رشد أيضا واختلف الشيوخ عندنا فى أحكام ولاة الكور فأمضاها أبو ابراهيم ولم يجزها اللؤلئى حتى يجعل اليه مع القيادة والنظر فى أمور الكورة النظر فى الأحكام واستحسن ابن أبى زمنين اذا كان للكورة قاض قد أفرد للنظر فى الاحكام ان لا يجوز حكم الولاة وان لم يكن لها قاض ان يجوز حكمهم لما للناس فى ذلك من الرفق وهذا أحسن الأقوال وأولاها بالصواب لانه اذا ولى مع القائد حاكم فقد بان انه حجر عليه الحكم فى الأحكام واذا لم يول معه وجب ان يجوز حكمه كما قال مالك فى ولاة المياه انتهى من الرسم المذكور وولاة المياه قال فى التنبيهات وولاة المياه البوادى الذين يسكنون على المياه خلاف أهل الأمصار انتهى ص ﴿وفى القطع حلف المقطوع انها باطلة﴾ ش يعنى فان كانت الشهادة فى قطع فان شهدا ان هذا قطع يد هذا عمدا ثم تبين ان أحدهما عبد او كافر أو صبى أو فاسق فانه يحلف المحكوم له بالقصاص فان نكل حلف المقطوع يده على رد شهادة الشاهد واستحق دية يده قال ابن عبد السلام وحكمها حكم الدية فى المسئلة الاولى يعنى مسئلة القصاص فيكون الحكم على ماقال المصنف ان الغرم على الشهود ان علموا والا فعلى عاقلة الامام وفى كتاب الحدود من المدونة وان شهدا عليه بقطع يد رجل عمدا فاقتص منه ثم تبين ان أحدهما عبد أو ممن لا تجوز شهادته لم يكن على متولى القطع شئ قال وهذا من خطأ الامام قال أبو الحسن فى المهمات (قلت) فهل للمقتص منه على الذى اقتص له شئ انتهى قال لم أسمع عن مالك فيه شيأ (قلت) فهل على الذى اقتص شئ قال لا وهذا من خطأ الامام اللخمى يريد اذا لم يعلم الحر أن الذى

(وفى القطع حلف المقطوع أنها باطلة) تقدم قبل قوله وحلف فى القصاص ان المقتص له لا يحلف مع شاهده لانه لا نفع له وهذا فرع ان المقطوع لا يحلف وبالجملة فالأقوال فى هذا الفرع ستة وفيما تقدم قبل قوله وحلف فى القصاص كفاية بالنسبة لمقصدى

(ونقضه هو فقط ان ظهر ان غيره أصوب) من المدونة قال مالك يرى للقاضى بقضية تبين له ان الحق غير ماقضى به أصوب أن يرد قضيته و يقضى بما رأى بعد ذلك ولو كان ماقضى به مما اختلف فيه قال انما قال ان تبين له أن الحق غير ماقضى به رجع فيه وانما لا يرجع فيما قضت به القضاة مما اختلف فيه ابن العربى اذا قضى القاضى بقضية جاز أن يرجع عنها وأما رد غيره حكمه فلا يجوز الا أن يكون جورا بينا أو بخلاف شاذ (أو خرج عن رأيه) ابن رشد ان رأى خلاف ماقضى به باجتهاده فالمشهور ان رأى ماهو أحسن نقضه و رجع الى مارأى مادام فى ولايته ولو كان قضاؤه أولا مما اختلف فيه وهذا اذا قضى وهو يراه باجتهاده يوم قضائه وأما لو قضى به جهلا أو نسيانا فلا يسمع خلاف فى وجوب الرجوع عنه الى مارأى وانظر عند قوله وانه قصد كذا فأخطأ فقد تقدم أن غيره ينقضه فمن باب أولى هو (أو رأى مقلده) ابن رشد ان لم يكن مجتهدا وقضى به تقليدا فلا يسع الخلاف فى انه لا يصح له الرجوع عنه الى تقليد آخر * ابن محرز وان قصد الى الحكم بمذهب فصادف غيره سهوا فهذا يفسخه هو دون غيره اذا كان ظاهره الصحة لجريانه على مذهب العلماء ووجه غلطه لا يعرف الا من قوله الا أن تشهد بينة انها علمت قصده الى الحكم بغيره فوقع فيه فينقضه من بعده كما ينقضه هو (ورفع الخلاف) انظر الفرق السابع والسبعين بين قاعدة الخلاف يتقرر فى مسائل الاجتهاد قبل حكم الحاكم و يتعين الحكم الواحد اذا حكم الحاكم من قواعد القرافى (لا أحل حراما) ابن رشد حكم الحاكم لا يحل حراما ولا يحرم حلالا على من علمه فى باطن الامر لان الحاكم انما يحكم بما ظهر وهو الذى يتعبد به ولا ينقل الباطل عند من علمه عما هو عليه من تحليل أو تحريم * قال الله تعالى « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام » وفى الحديث لعل بعضهم أن يكون الحن بحجته من بعض وهذا اجماع من أهل العلم فى الاموال وانما اختلفوا فى حل عصمة النكاح أو عقدها بظاهر مايقضى به الحكم وهذا خلاف الباطن فذهب مالك والشافعى وجمهور أهل العلم الى أن الأموال والفروج سواء وقال أبو حنيفة وكثير من أصحابه ان ذلك فى الأموال خاصة فلو أن رجلين تعمدا الشهادة بالزور على رجل انه طلق امرأته فقبل القاضى شهادتهما الظاهر عدالتهما عنده وفرق بين الرجل والمرأة انه يجوز لاحد الشاهدين أن يتزوجها وهو عالم بأنه كاذب

معه عبد انتهى ص ﴿ ونقضه هو فقط ان ظهر ان غيره أصوب الخ ﴾ ش هذا مادام على ولايته التى حكم فيها بذلك الحكم قال فى وثائق الجزيرى وللقاضى الرجوع عن حكمه فيما فيه الاختلاف مادام على خطته وليس لمن ولى بعده نقض ذلك الحكم اذا وافق منه قول قائل وان كان ضعيفا وكذلك ليس له هو نقضه ان عاد الى الحكم بعد العزل وللقاضى فسخ حكم قاض حكم على من بينه وبينه عداوة أو بين أبويهما أو بين الحاكم وأبى المحكوم عليه ولا ينفذ حكمه عليه وكذلك حكم الشهادة عليه وان كان أعدل خلق الله وقد قال ابن القاسم لا تجوز شهادته عليه ولو كان مثل سليمان ابن القاسم وكان سليمان هذا فى غاية من الزهد والورع ولو كانت العداوة فى الله لجازت أحكامه وشهادته انتهى وقال فى المتيطية فى كتاب الأقضية للقاضى الرجوع عما حكم به وقضى فيه مما فيه اختلاف بين أهل العلم وفيما تبين له فيه الوهم مادام على قضائه فان عزل أو مات نفذ حكمه ولم يكن لغيره فسخه مالم يتبين فيه جور او يكون قد قضى بخطا لا اختلاف فيه بين أهل العلم وما حكم فيه مما فيه اختلاف وان كان وجها ضعيفا فلا يحل لاحد سواه فسخه قال ابن القاسم وكذلك ان عزل القاضى ثم صرف الى خطة فليس له أن ينقض ما حكم به الا ما يكون له من نقض قضاء غيره وعزله وتوليته كعزله وتوليته غيره ثم نقل عن ابن عبد الحكم انه ليس له رجوع عما حكم به ثم ذكر ان الخلاف انما هو اذا حكم بذلك وهو يراه باجتهاده وأما ان قضى بذلك وهلا أو نسيانا أو جهلا فلا ينبغى الخلاف فى انه يجب عليه ان يرجع عنه الى مارأى اذ قد تبين له الخطأ انتهى وقال البرزلى فى أوائل مسائل القضاء ابن يونس فى المجموعة عن أشهب اذا اشتكى رجل القاضى انه جار عليه وحكم عليه بغير الحق فيكشف عن ذلك فان أخطأ فى رأيه وتبين للعلماء نهاه عن انفاذه وان خف على الامام جمعهم عنده فعل والا أقعد معه رجالا من أهل العلم والصلاح و يأمرهم بالنظر فيه ولا ينفرد دونهم ولا ينفعه قوله كنت حكمت قبل قعودهم لانه مدع الا أن يقيم بينة انه كان حكم فينظر فى ذلك الامام فان كان صوابا أوفيه خلاف مضى والا فسخ انتهى ص ﴿ ورفع الخلاف لا أحل حراما ﴾ ش قال فى النوادر فى كتاب الأقضية فى ترجمة ما يحل بحكم الحاكم ولو طلق امرأته ألبتة فخاصمته الى من يراها واحدة والزوجة مذهبها انها ثلاث والزوج أيضا ممن يرى ان البتة ثلاث

فى شهادته واحتجوا بحكم اللعان وقال ابن شاس انما القضاء اظهاره لحكم الشرع لا اختراع له فلا يحل للمالكى شفعة الجار ان قضى له بها الحنفى وتبعه ابن الحاجب قال ابن عبد السلام هكذا قالوا * ابن عرفة ظاهر قوله هكذا قالوا ان المذهب هو ماقاله ابن الحاجب وليس كذلك راجعه فيه (ونقل ملك أو فسخ عقد أو تقرر نكاح بلا ولى حكم) ابن شاس ماقضى به الحاكم من نقل الأملاك وفسخ العقود ونحو ذلك فلا شك فى كونه حكما فاما ان لم يكن تأثير القاضى فى الحوادث أكثر من اقرارها لما رفعت اليه مثل أن يرفع اليه نكاح امرأة زوجت نفسها بغير ولى فأقره وأجازه ثم عزل وجاء غيره فهذا مما اختلف فيه فقال ابن القاسم طريقه طريق الحكم وامضاؤه والاقرار عليه كالحكم باجازته ولا (١٣٩) سبيل الى نقضه واختاره ابن محرز * اللخمى قول ابن القاسم أحسن * ابن العربى ان ترك القاضى الحكم بمسئلة فرأى ابن القاسم بفقهه أن يمضى حكمه بالترك فانه حكم صحيح كتركه فسخ نكاح المحرم ونكاح من حلف بطلاق قبل الملك ونحوه * ابن عرفة قول ابن القاسم جار على القول ببقاء الاعتراض وجمهور أهل السنة على خلافه (لا لا أجيزه) ابن شاس أما لو رفع هذا النكاح الى قاض فقال لا أجيز النكاح بغير ولى من غير أن يحكم بفسخ هذا النكاح بعينه فان هذا ليس بحكم ولكنه فتوى ويكون لمن يأتى بعده أن يستقبل النظر فيه * ابن عرفة مقتضى جعله فتوى لمن ولى بعده نقضه والظاهر أنه لا يجوز للثانى نقضه لأن قول الاول لا أجيزه ولا أفسخه حكم منه بانه مكروه والكراهة أحد أقسام الشرع الخمس يجب رعى كل حكم منها ولازمه وحكم المكروه عدم نقضه بعد وقوعه أنظر الشئ يذكر بالشئ كثيرا ما يعرض ترك الاشهاد على الولى فى المراجعة قال شيخ الشيوخ ابن لب قد روى أبو قرة عن مالك صحتها وثبوتها بخلاف النكاح ابتداء ينعقد بغير ولى فلا يصح قال والفرق ان طلب الولاية انما هو لتحصيل الكفاءة فينظر الولى فيها وقد حصل ذلك قبل المراجعة فى النكاح المنعقد وينضم لهذه الرواية عاضد الهام اعاة قول الحنفية (أو أفتى) ابن الحاجب فتواه فى واقعة واضحة انه ليس بحكم * ابن عرفة جزم القاضى بحكم شرعى على وجه مجرد اعلامه به فتوى لا حكم وجزمه به على وجه الامر به حكم (ولم يتعد لمماثل بل ان تجدد بالاجتهاد

فلا يحل للزوج أن يقربها حتى تنكح زوجا غيره ولا يبيح له الحاكم أن تمكنه من نفسها حتى تنكح زوجا غيره من قبل أن الحكم لا يحل لهما ماهو عليهما حرام وكذلك لو قال لعبده اسقنى الماء يريد بذلك عتقه والسيد يرى أنه لا يلزمه فى مثل هذا عتق وان نواه والعبد يراه عتقا فللعبد فى هذا ان يذهب حيث شاء بما حكم له ولو قال لزوجته اختارى فقالت قد اخترت نفسى وهى تذهب الى أن الخيار ثلاث والزوج يراه واحدة فان الحكم لا يبيح للمرأة أن تمكن الزوج منها ولتمنعه جهدها ولو رفعها الى قاض يرى الخيار طلقة فارتجعها الزوج فلا يبيح لها الحكم ماهو عندها حرام ولا يحل لها أن يأتيها الزوج الا وهى كارهة انتهى ص * ونقل ملك وفسخ عقد وتقرر نكاح بلا ولى حكم * ش تصوره واضح قال فى تبصرة ابن فرحون فى الفصل الثانى من القسم الاول من الركن السادس فى كيفية القضاء مانصه اعلم أن القاضى اذا حكم بفسخ نكاح أو بيع أو اجارة وشبه ذلك لموجب من موجبات الفسخ وذلك فى مسئلة مختلف فيها ومثار الخلاف فيهما اجتهادى أى ليس فيها نص جلى يمنع من الاجتهاد فان حكم الحاكم لا يتعدى ذلك الفسخ وأما ما يتبع ذلك من الاحكام والعوارض فذلك القاضى بالنسبة اليها كالمفتى وكذلك لو حدثت قضية أخرى مثل القضية التى حكم فيها بالفسخ فى ولاية ذلك القاضى ولم ترفع اليه أو رفعت اليه ولم ينظر فيها حتى عزل أو مات فانها تحتاج الى انشاء نظر آخر من القاضى الاول أو من القاضى الثانى وسبب ذلك ان حكم القاضى لا يتعلق الا بالجزئيات لا بالكليات انتهى (فرع) اذا باع الحاكم على مفلس أو يتيم أو فعل عقدا من العقود فهل ذلك حكم منه بذلك الفعل أم لا الظاهر أنه ليس بحكم وقد نقل فى التوضيح فى بيع البراءة عن المازرى مايقتضى ذلك والله أعلم وانظر تبصرة ابن فرحون فانه نقل عن القرافى أن ماتولاه من العقود من بيع أو نكاح من فى ولايته ليس بحكم (فرع) قال ابن رشد فى نوازله اشهاد القاضى على نفسه بثبوت العقد عنده حكم بعدالة البينة عنده فلا يلزم أن يعيد الشهود شهادتهم عند غيره لان ذلك يوجب أن لا يحكم بشهادتهم الا بعد علمه بعدالتهم أو بعد تزكيتهم عنده واذا ثبت عنده أن القاضى الاول أشهد بثبوت العقد عنده قضى بشهادتهم بعد الاعذار دون تزكية وان لم يعرف عدالة انتهى ووقع فى كلامه بعد ذكره مسئلة تخالف ماذكره فى هذه المسئلة (مسئلة) سئلت عن مسئلة وهى ماذا أسند شخص وصيته على أولاده الى شخص وأثبت ذلك حاكم مالكى وحكم به فهل للحاكم الحنفى أو غيره ان يثبت رشد

كفسخ برضاع كبير وتأبيد منكوحة عدة وهى كغيرها فى المستقبل) ابن شاس ان كان حكم الاول باجتهاد فيما طريقه التحريم والتحليل ليس نقل ملك من أحد الخصمين الى الآخر ولا فصل حكومة بينهما ولا اثبات عقد بينهما ولا فسخه مثل أن يرفع الى قاض رضاع كبير فيحكم بان رضاع الكبير يحرم ويفسخ النكاح من أجله فالقدر الذى ثبت من حكمه هو فسخ النكاح فحسب وأما تحريمها عليه فى المستقبل فانه لايثبت بحكمه بل يبقى ذلك معرضا للاجتهاد فيه وكذلك لو رفع اليه حال امرأة نكحت فى عدتها ففسخ نكاحها وحرمها على زوجها لكان القدر الذى ثبت من حكمه فسخ النكاح فحسب وأما تحريمها عليه فى المستقبل فعرض للاجتهاد ومن هذا الوجه ان (١٤٠) يحكم بنجاسة ماء أو طعام أو شراب أو تحريم بيع أو نكاح أو اجارة فانه لايثبت حكم فى ذلك الحبس من العقود ولا البياعات على التأبيد وانما له أن يغير من ذلك ماشاهده وماحدث بعد ذلك فانه معرض لمن يأتى من الحكام والفقهاء (ولايدع لصلح ان ظهر وجهه) أنظر عند قوله وأمر بالصلح ذوى الفضل (ولايستند لعلمه) هذا توطئة لما بعده اذا تقدم قوله أو بعلم سبق مجلسه (الا فى التعديل والتجريح) أبو عمر أجمعوا ان له ان يعدل أو يجرح بعلمه وانه ان علم ان ماشهد به الشهود على غير ماشهدوا انه ينفذ علمه ويرد شهادتهم بعلمه * سحنون ولو شهد عندى عدلان مشهوران بالعدالة وأنا أعلم خلاف ماشهدوا به لم يجز ان أحكم بشهادتهما ولا أن أردهما العدالتهما ولكن ارفع ذلك الى الامير الذى فوقى وأشهد بما علمت وغيرى بما علم ولو شهد شاهدان ليسا بعدلين على ما أعلم أنه حق لم أقض بشهادتهما (كالشهرة بذلك) من المدونة قال مالك من الناس من لايسئل عنه ولا تطلب فيه تزكية لعدالتهم عند القاضى قال ابن عبد الحكم من الناس من لايحتاج ان يسئل عنه لاشتهار عدالته ومنهم من لايسئل عنه لشهرته بغير العدالة وانما يكشف عمن أشكل عليه وقد شهد ابن أبى حازم عند قاضى المدينة فقال أما الاسلام فاسمه عدل ولكن من يعرف انك ابن أبى حازم فأعجب ذلك مشايخنا * ابن عرفة وذكر لى بعض شيوخى ان البرقى فقيه المهدية شهد فى مسيره الى الحج عند قاضى الاسكندرية فلما قرأ اسمه قال أنت البرقى فقيه المهدية فقيل له نعم فطلب المشهود له البينة على انه هو وحكم بشهادته دون طلب تعديله (أو اقرار الخصم بالعدالة) ابن الحاجب لو أقر الخصم بالعدالة حكم عليه خاصة * ابن عرفة لاأعرف

ذلك المحجور ويفك عنه الحجر * فأجبت بأنه اذا حكم المالكى بصحة الوصية فلاينافى ذلك حكم الحنفى أو غيره بفك الحجر عنده بما يوجب ذلك وأما اذا حكم المالكى بموجب الوصية فللحنفى اذا أنس منه الرشد وثبت ذلك عنده أن يحكم بفك الحجر لثبوت الرشد عنده وأما اذا أراد أن يفك الحجر بغير ذلك كما يذكر عن الحنفية ان الشخص اذا بلغ خمسا وعشرين سنة انفك عنه الحجر وان لم يؤنس رشده فليس له ذلك لان ذلك مناف لحكم المالكى بموجب الوصية لان من موجبها انه لا ينفك عنه الحجر الا بايناس الرشد فتأمله والله أعلم (فرع) قال القرافى فى الفرق الثالث بعد المائتين الاقطاع حكم من أحكام الأئمة لاينقض وذكره فى الذخيرة فى باب احياء الموات والله أعلم ص ﴿ كفسخ برضاع كبير وتأبيد منكوحة عدة ﴾ ش ماذكره ابن عرفة من البحث مع ابن شاس وتفريقه بين المثالين ظاهر لان حكم القاضى فى رضاع الكبير بفسخ النكاح مستلزم لحكمه لتحريم رضاع الكبير اذ لاموجب للفسخ سواه فحكم الثانى بصحة النكاح الثانى رافع لحكم الاول بتحريم رضاع الكبير فلا يصح حكمه بذلك بخلاف حكمه بفسخ نكاح المعتدة فانه لايستلزم الحكم بتأبيد حرمتها لان الفسخ لكون النكاح فى العدة فاسدا وتأبيد التحريم أمر وراء ذلك اختلف فيه العلماء هل يستلزمه النكاح فى العدة أم لا وأما الفسخ فلا تعلق له به نعم وقع فى عبارة ابن شاس التى نقلها الجماعة عنه منهم ابن عرفة ان للقاضى فسخ نكاح المعتدة وحرمتها فان كان مرادهم بقولهم حرمتها انه حكم بحرمتها عليه للفسخ فما قالوه ظاهر وان كان مرادهم ان القاضى حكم بتأبيد تحريمها فكيف يصح حكم القاضى الثانى بصحة النكاح الثانى ولعلهم فهموا المعنى الاول وأما على المعنى الثانى فلا يجوز للقاضى الثانى أن يحكم بصحة النكاح الثانى (تنبيه) لو رفع نكاح الناكح فى العدة لقاض ففسخ ثم تزوجها ذلك الزوج بعد انقضاء العدة والاستبراء من وطئه فرفع ذلك لقاض يرى تأبيد تحريمها ففسخ النكاح حينئذ ولا يصح لقاض آخر أن يحكم بصحة نكاحها بعد ذلك لان فسخ هذا النكاح الثانى مستلزم للحكم بتأبيد تحريمها على الناكح فى العدة اذ لامقتضى للفسخ سواه فتأمله والله أعلم ص ﴿أو أقر الخصم بالعدالة﴾ ش انظر ابن عرفة ورسم الشجرة تطعم بطنين من سماع ابن القاسم من الشهادات وتقدم كلام ابن رشد على مسئلة الرسم

هذا الفرع لأحد من أهل المذهب وفي جريه على أصل المذهب نظر لأنه اقرار متناقض فيجب طرحه * فان قلت فقد قال في الكافي ان لم يعرف القاضي الشهود واعترف المشهود عليه بعد التهم قضى بهم ان لم يكذبهم ولا يقضي بهم على غيرهم * قلت قوله ان لم يكذبهم صير المسئلة الى باب الاقرار وقال أصبغ اذا رضى الخصمان بشهادة من لا يعرفه القاضي لم يحكم بها وانظر من نوع هذا عدّل قاض شهودا فشهدوا عليه ان فيه جرحة أو شهد أيضا على مزكيه ان فيه جرحة قال البرزلي لا تجوز شهادتهم لأن القدح في الاصل قدح في الفرع (وان أنكر محكوم عليه اقراره بعده لم يفده) تقدم ان هذا هو المشهور أنظره عند قوله أو بعلم سبق مجلسه (وان شهد بحكم نسيه أو أنكره أمضاه) اللخمي لو أنكر الحاكم والمحكوم عليه الحكم وقال ما حكمت بهذا فشهدت بينة بحكمه له وجب تنفيذه * ابن عرفة وقاله ابن القاسم وابن وهب وفي التلقين ان نسي الحاكم حكما حكم به فان شهد عنده عدلان به أنفذ شهادتهما قال في فروقه بخلاف اذا شهد شهود الفرع ونسي الشهادة شاهد الاصل قال وفي كلا الموضعين فهو نقل عن الغير * المازري هذا مذهب مالك خلافا للشافعي (وانهى لغيره بمشافهة ان كان كل بولايته) ابن شاس الركن الثالث يعني في القضاء على الغائب في انهاء الحكم الى القاضي الآخر وذلك بالاشهاد والكتابة والمشافهة فلو شافه القاضي قاضيا آخر لم يكف لأن أحدهما في غير محل ولايته فلا ينفع سماعه أو اسماعه الا اذا كانا قاضيين ببلدة واحدة وتناديا من طرفي ولايتهما فذلك أقوى من الشهادة فيعتمد وفي نوازل ابن سهل رأيت فقهاء طليطلة يجيزون اخبار القاضي المحتل بغير بلده لقاضي البلد الذي احتل فيه وينفذونه كمخاطبته اياه وقال ابن عبد الحكم ليس للقاضي اذا حل بغير عمالته ان يسمع من بينة أو يشهد على كتابه أو يكتب الى غيره من القضاة راجع المتيطي فانه نقل عن أصبغ وابن عات من هذا المعنى

المذكور وما حصله في ذلك في باب الاقرار عند قول المصنف لو شهد فلان غير العدل ص * وان أنكر محكوم عليه اقراره بعده لم يفده * ش تقدم كلام التوضيح عند قول المصنف وشهودا أن الخصم اذا أقر عند الحاكم فالمشهور انه لا يحكم عليه ابتداء بما أقر به عنده في مجلسه حتى يشهد عنده باقراره شاهدان ومقابله أن له ذلك وكلام المصنف هذا بعد الوقوع والنزول وهو فيما اذا أقر عنده وحكم عليه قبل أن يشهد على اقراره فأنكر الخصم الاقرار والمعنى ان الحاكم اذا حكم مستندا لاقرار المحكوم عليه في مجلسه من غير ان يشهد على اقراره مقلدا للقول بجواز ذلك فان حكمه بذلك لا ينقض كما تقدم فاذا قال الحاكم حكمت عليه بمقتضى اقراره عندي فقال المحكوم عليه لم أقر عنده فلا يفيده ذلك والقول قول الحاكم هكذا فرض المسئلة في التوضيح وغيره قال في النوادر فان جهل وأنفذ عليه هو حكمه بما أقر به عنده في مجلس الحكم ولم يشهد عليه بذلك غيره فلينقض هو ذلك ما لم يعزل فاما غيره من القضاة فلا أحب له نقضه في الاقرار خاصة في مجلس القضاء وأما ما كان قبل أن يستقضي أو رآه وهو قاض أو سمعه من طلاق أو زنا أو غصب أو أخذ مال فلا ينفذ منه شئ فان نفذ منه شئ فلا ينفذه أحد غيره من الحكام ولينقضه انتهى (فرع) فاذا أنكرت البينة أن تكون شهدت عند القاضي بما حكم به وهو يقول شهدتم وحكمت بشهادتكم فاختلف في ذلك قال في النوادر في كتاب أدب القضاة في ترجمة القاضي يقول حكمت لفلان ما نصه قال ابن القاسم في المجموعة في القاضي يقول لرجل قضيت عليك بكذا بشهادة عدول فانكر وقال ما شهدوا عليّ وسئل الشهود فانكروا فقال القاضي قد نزعوا قال يرفع ذلك الى سلطان غيره فان كان القاضي ممن يعرف بالعدل لم ينقض قضاؤه أنكر الشهود أو ماتوا وان لم يعرف بالعدالة لم ينفذ ذلك وابتدأ السلطان النظر في ذلك وقاله سحنون قال سحنون ولا يرجع على الشهود بشئ انتهى وقال اللخمي ان أنكرت البينة أن تكون شهدت عليه بتلك الشهادة كان فيها قولان هل يقبل قولهما وينقض الحكم أو يمضي ويعد ذلك منهما رجوعا وقال ابن القاسم يرفع ذلك الأمر الى السلطان فان كان القاضي عدلا لم ينقض قضاؤه قال سحنون ولا يرجع على الشهود بشئ وقال ابن المواز في كتاب الرجوع عن الشهادة اذا حكم القاضي بشهادة رجلين على رجل بمائة دينار ثم أنكر الشاهدان وقالا انما شهدنا بالمائة للآخر المحكوم عليه والقاضي على يقين أن الشهادة كانت على ما حكم قال فعلى القاضي أن يغرم المائة للمحكوم عليه لان الشهود شهدوا بخلاف قوله ولا يجوز للقاضي أن يرجع على المشهود له لانه يقول حكمت بحق وهذا خلاف قول ابن القاسم لانه نقض الحكم فيما بين الحاكم والمحكوم عليه وأغرم المال برجوع البينة وينبغي على أصله اذا كان

(وبشاهدين مطلقا) فى نوازل سحنون لا يثبت كتاب قاض للقاضى فى الزنا الا بأربعة شهود على أنه كتابه * ابن رشد على قول ابن القاسم يجوز أن يشهد اثنان وهو القياس والنظر وأما بالشاهد واليمين فلا يثبت بهما كتاب القاضى اتفاقا (واعتمد اعليها وان خالفا كتابه وندب ختمه) ابن شاس يستحب للقاضى اذا أشهد على كتابه وخاتمه ان يكتب ذلك فى كتاب مختوم والاعتماد على الشهادة فلو شهدا بخلاف ما فى الكتاب جاز اذا طابق الدعوى (ولم يفد وحده) ابن شاس الكتاب المجرد من غير شهادة على القاضى لا أثر له * ابن رشد مذهب مالك الذى لا خلاف فيه ان الشهادة لا تجوز على خط الشاهد فى كتاب قاض الى قاض بالحكم * ابن عرفة ثبوت الحكم بالشهادة على خط القاضى أقوى من ثبوته بالشهادة على خط البينة بشهادتهما على القاضى لأن ثبوته بالشهادة على خط القاضى مماله توقف على مجرد الشهادة على الخط فقط وثبوته بالشهادة على خط البينة مماله توقف الشهادة على الخط مع شهادة البينة على القاضى وما توقف على أمر واحد فقط أقوى مما يتوقف عليه مع غيره وقال ابن المناصف اتفق أهل عصرنا على قبول كتب القضاة فى الاحكام والحقوق بمجرد معرفة خط القاضى ولا يستطيع أحد فيما أظن على صرفهم عنه انتهى راجع أنت المطولات فى هذا كله فانما قصدى أن أشير الى بعض ما قيل لتنشيط المراجعة الفقه فى أماكنه ولابن عاصم فى أرجوزته والعمل اليوم على قبول ما خاطبه قاض بمثل اعلما * قال ابنه تقييد العمل باليوم يؤذن بخلاف ذلك قبل وذلك صحيح فقد كان العمل باستصحاب شاهدى عدل كتاب القاضى (١٤٢) الى المكتوب بعد أن كان العمل قبل ذلك بالاكتفاء بالكتاب المختوم (وأديا وان عند غيره) ابن شاس للشاهد على الحكم ان يشهد عند المكتوب اليه وعند غيره وان لم يكتب القاضى فى كتابه الى من يصل اليه من القضاة وقال مالك فى المدونة وفى سماع ابن القاسم ان مات القاضى المكتوب اليه كتابا من قاض آخر فعلى من ولى بعده انفاذ الكتاب * ابن رشد اتفاقا اذا ثبت الكتاب عنده بشاهدين انه كتابه قاله ابن القاسم (وأفادان أشهدهما ان ما فيه حكمه أو خطه كالاقرار) ابن شاس لو قال القاضى أشهدكما على ان ما فى الكتاب خطى كفى ذلك على احدى الروايتين وكذلك لو قال ما فى كتابى حكمى وكذلك لو قال فى الاقرار أشهدك على ما فى القبالة وأنا أعلم به كفى حتى اذا حفظ الشاهد القبالة وما فيها وشهد على اقراره جاز أيضا على احدى الروايتين عن مالك ووجه الجواز ان الاقرار بالمجهول صحيح وقال الباجى اختلف قول مالك فيمن دفع الى شهود كتابا مطويا وقال اشهدوا علىّ بما فيه أو كتب الحاكم كتابا الى حاكم وختمه وأشهد الشهود به ولم يقرأه عليهم فقال الشهادة جائزة وقال أيضا لا يشهدوا به الا أن يقروه عند تحمل الشهادة (وميز فيه ما يتميز به من اسم وحرفة وغيرهما) ابن شاس وليذكر فى الكتاب اسم المحكوم عليه واسم أبيه وجده وحليته ومسكنه وصناعته أو تجارته أو شهرة له ان كان بحيث يتميز بذلك فان كان فى ذلك البلد رجال يلائمونه فى ذلك كله لم يحكم له حتى يأتى ببينة تعرف انه المحكوم عليه بعينه ولو كان أحد الملائمين قد مات لم يستحق على الحى منهما ما فى الكتاب حتى تشهد البينة انه الذى استحق عليه الا أن يطول زمن الميت ويعلم أنه ليس المراد بالشهادة لبعده فيلزم الحى (فنفذه الثانى وبنى) ابن الحاجب لو اقتصر الاول على سماع البينة وأشهد بذلك وجب على المنهى اليه الاتمام * ابن عرفة هذا نقل ابن رشد فى سماع ابن القاسم (كان نقل لخطة أخرى) من المدونة ان مات القاضى المكتوب اليه أو عزل ووصل الكتاب لمن ولى بعده أنفذه من وصل اليه وان كان انما كتب لغيره المازرى اختيار بعض الشيوخ عدم تسمية المكتوب اليه * ابن سهل سألت ابن عات عن الحاكم يرفع الى خطة القضاء هل يستأنف ما كان بين يديه

الحاكم فقيرا ان ينتزع المال من المحكوم له ويرد الى المحكوم عليه اذا رفع ذلك الى حاكم غير الاول انتهى (قلت) وهذا القول غير ظاهر والله أعلم ثم قال اللخمى وان قال القاضى أنا أشك أو وهمت نقض الحكم فيما بين المحكوم له والمحكوم عليه ويرجع الأمر الى ما تقوله البينة الآن ويكون على المحكوم له أن يغرم مائتين المائة التى قبض والمائة التى شهدت بها البينة انتهى ص ﴿وشاهدين مطلقا﴾ ش قال ابن رشد فى شرح أول مسئلة من الأقضية والاصل فى هذا ان قول القاضى مقبول فيما أخبر أنه ثبت عنده أو قضى به ينفذ ما أشهد به من ذلك على نفسه ما دام قاضيا لم يعزل انتهى (تنبيه) قوله مطلقا يقتضى أنه لا يثبت حكم الحاكم الا بشاهدين ولو كان المحكوم به مالا وهو مخالف لما سيقوله فى الشهادة فينبغى أن يقيد بذلك ونقل الشيخ أبو الحسن الصغير فى أواخر النكاح الثانى عن ابن رشد أنه قال المشهور ان حكم الحاكم فى المال يثبت بالشاهد واليمين والله أعلم ص ﴿ولم يفده وحده﴾ ش يعنى ان كتاب القاضى لا يفيد وحده دون اشهاده ان ما فيه حكمه

من الأحكام لم يكملها أو يصل نظره فيها قال بل يبنى على ما قد مضى بين يديه من الحكومة و بذلك أفتيت ابن ذكوان حين ارتفع من أحكام الشرطة والسوق الى أحكام القضاء (وان حدا) لو قال ولو زنا لكان أبين لما تقدم عن سحنون لا يثبت كتاب قاض بالزنا الا بأربعة شهود من المدونة يجوز كتب القضاة الى القضاة فى الحدود والقصاص وغيرها لجواز الشهادة على ذلك (ان كان أهلا أو قاضى مصر والافلا) ابن شاس اذا ورد كتاب قاض على قاض فان عرفه فانه أهل للقضاء قبله قال فى المجموعة وان عرفه بأنه ليس بأهل لذلك لم يقبله قال أصبغ وان جاءه بكتاب قاض لا يعرفه بعدالة ولا سخطة فان كان من قضاة الأمصار الجامعة مثل المدينة ومكة والعراق والشام ومصر والقيروان والأندلس فلينفذه وان لم يعرفه وليحمل مثل هؤلاء على الصحة وأما قضاة الكور الصغار فلا ينفذه حتى يعرفه و يسئل عنه العدول الدجن وعن حاله * ابن عرفة شرط قبول خطاب القاضى صحة ولايته ممن تصح ولايته بوجه احترازا من مخاطبة قضاة أهل

الدجن كقاضى مسلمى بلنسية وقال قبل ذلك لم يجعلوا قبول العدل الولاية للمتغلب جرحة لخوف تعطيل الأحكام قال سيدى ابن علاق رحمه الله تعالى اذا استولى الكفار على اقليم فقدموا قاضيا على المسلمين فلا أذكر نصا لأهل المذهب وقال عزالدين بن عبد السلام اذا ولوا قاضيا على المسلمين فالذى يظهر انفاذ ذلك جلبا للمصالح ودرأ للمفاسد الشاملة اذ لم يبعد من رحمة الشرع و رعايته لمصالح عباده وتحمل المفاسد الشاملة بفوات كمال فمن يتعاطى توليته باطنا هو أهل لها انظر فى المدارك اسم عبد الله بن فروخ وابن التبان واسم أبى محمد بن أبى الكرابة وأبى بكر بن عزرة والداودى (كأن شاركه غيره وان ميتا) تقدم نص ابن شاس بهذا عند قوله وميز فيه ما يتميز به (وان لم يميز ففى اعدائه أولا حتى يثبت أحديته قولان) ابن رشد ان وجد بالبلد رجل واحد على تلك الصفة كشف القاضى عن الأمر فان لم يكن فى البلد غيره على تلك الصفة أعداه اليه وان ترك القاضى ما أمر به من الكشف عن ذلك فقيل لا يؤخذ بالحق حتى يثبت الطالب أنه ليس بالبلد من هو على تلك الصفة العامة غيره وهو دليل زونان * ابن وهب وقيل يؤخذ به الا أن يثبت هذا أن بالبلد من هو على تلك الصفة وهو ظاهر قول أشهب ورواية عيسى عن ابن القاسم (والقريب جدا كالحاضر) ابن عرفة القضاء على الغائب سمع ابن القاسم فيه قال مالك أما الدين فانه يقضى عليه وأما كل شئ فيه حجج فلا يقضى عليه قال سحنون والذى تكون فيه الحجج * ابن رشد مذهب مالك ان قربت غيبته كمن على ثلاثة أميال كتب اليه وأعذر اليه فى كل حق إما وكل أو قدم فان لم يفعل حكم عليه فى الدين و بيع عليه ماله من أصل أو غيره وفى استحقاق العروض والحيوان والأصول وكل الأشياء من طلاق وعتق وغيره وان لم ترج له حجة فى شئ وان بعدت غيبته على عشرة أيام ونحوها حكم عليه فى غير استحقاق الرباع والأصول من الديون والحيوان والعروض و رجيت حجته فيه

أوانه خطه قال ابن رشد فى شرح أول مسئلة من الأقضية ولا يكتفى فى ذلك بالشاهد الواحد ولا بالشهادة على ان الكتاب بخط القاضى ولا ان الختم ختمه وهذا فى الكتب التى تأتى من كورة الى كورة ومن مثل مكة الى المدينة وأما اذا جاء من اعراض المدينة الى قاضيها كتاب بغير بينة فانه يقبله بمعرفة الخط والختم و بالشاهد الواحد اذا لم يكن هو صاحب القضية لقرب المسافة واستدراك ما يخشى من التعدى قاله ابن حبيب وقال ابن كنانة وابن نافع فى الحقوق اليسيرة خلاف ظاهر قول ابن حبيب وقد كان يعمل فيما مضى بمعرفة الخط والختم دون بينة حتى حدث اتهام الناس قال فى رسم الأقضية من سماع أشهب من الوصايا أول من أحدثه أمير المؤمنين وأهل بيته وفى البخارى أول من سأل البينة على كتاب القاضى ابن أبى ليلى وسوار بن عبد الله العبدى ذكره فى الكلام على فرض القاضى للزوجة نفقتها ثم يموت فى كتاب النفقات من المدونة والمسئلة تكلم عليها ابن رشد فى أول مسئلة من رسم جاع فباع من كتاب عيسى من سماع الشهادة والله أعلم انتهى ثم قال واذا كتب اليه يسأله عن الشاهد الذى شهد عنده اكتفى فى جوابه بمعرفة الخط دون الشهادة على الكتاب قاله ابن حبيب ما لم يكن فيما سأله عنه فكتب اليه فيه قضية قاطعة والقياس انه لا يكتفى بشئ من ذلك الا بمعرفة الخط الا فيما قرب من اعراض المدينة على ما تقدم انتهى ص ﴿ كأن شاركه غيره ﴾ ش قال البرزلى فى مسائل النكاح من شهد عليه بحق فأنكر أن يكون هو المشهود عليه فذكر ابن رشد ان الأصل انه هو اذا كان موافقا لما فى الوثيقة حتى يثبت ان ثم غيره على صفته ونسبه فيكون حينئذ الاثبات على الطالب فى تعيينه دون غيره وأحفظ فى بعض نوازل ابن الحاج ان الحق يلزم جميع من كان على تلك الصفة اتحد أو تعدد انتهى وقوله فيكون حينئذ الاثبات

(والبعيد جدا كافريقية قضى عليه) ابن رشد وان بعدت غيبته وانقطعت كالعدوة من الأندلس ومكة من افريقية حكم عليه في كل شئ من حيوان وعروض ودين والرباع والأصول ورجئت حجته في ذلك زاد في أجوبته هذا التحديد في القرب والبعد انما هو مع أمن الطريق وكونها مسلوكة وان لم تكن كذلك حكم عليه وان قربت غيبته ومن خلف البحر في الجواز القريب المأمون كالبر الواحد المتصل الا في الأمر الذي يمتنع فيه ركوبه فالقريب فيه حكم البعيد ولابن عات اذا قامت المرأة بشرطها في المغيب لا يقضى بها في القرب وانما يكتب لها القاضي الى الزوج بأن يقدموا أو يوصى عليها وان كان في عمل سلطان آخر قضت بشرطها وان قربت غيبتها (بيمين القضاء) ابن شاس القضاء على الغائب نافذ ويحلف للقاضي المدعى بعد البينة على عدم الابراء والاستيفاء والاعتياض والاحالة والاحتيال والتوكيل على الاقتضاء في جميع الحق (وسمى الشهود والا نقض) ابن رشد الحكم على الغائب لابد من تسمية الشهود فيه ليتمكن من الطعن فيهم وهو مشهور المذهب المعلوم من قول ابن القاسم وروايته عن مالك فان لم يسم فيه البينة فسخت القضية قاله أصبغ وهو صحيح على أن الحجة ترجى له والحكم على الحاضر لا يفتقر لتسمية البينة فيه إذ قد أعذر فيها للمحكوم عليه وتسميتهم أحسن قاله أصبغ وبه العمل * ابن أبي زمنين ومثل الغائب الصغير لابد من تسمية الشهود في الحكم عليه وهذا كله خلاف لسحنون * ابن رشد واذا أشهد القاضي بثبوت عقد عنده ولم يسم من ثبت عنده ثم عزل القاضي أومات فلا يبطل العقد ويحمل الجميع على العدالة اه وانظر أيضا قد يتفق أن يموت بعض شهود الاسترعاء (والعشرة واليومان مع الخوف يقضى عليه معها في غير استحقاق العقار) تقدم ما لابن رشد عند قوله والقريب كالحاضر والبعيد جدا وزاد في نوازله وهذا التحديد في القرب والبعد هو مع أمن الطريق وكونها مسلوكة وان لم يكن كذلك حكم عليه وان قربت غيبته (وحكم بما تميز غائبا بالصفة كدين) ابن الحاجب ويحكم بالدين وغيره مما يتميز غائبا بالصفة كالعبد والفرس وقيل مالم يدع الحرية أو يدعيه ذويد * ابن عرفة قال ابن هارون معناه أن المحكوم به اذا كان غائبا هل يعتمد على الصفة في القضاء به أم لا فمن ذلك الدين والأمر فيه واضح اذ لا يتأتى الا أن يكون موصوفا ومنها العبد والأمة والفرس ونحوها مما يتميز بالصفة فهذا قال ابن القاسم وسحنون يحكم فيه بالصفة ان كان غائبا وهو مذهب المدونة * المازرى ان كان المحكوم به مما لا يتميز أصلا ذكرت البينة قيمته تقول غصبه حريرا قيمته كذا أو طعاما قيمته كذا راجع ابن عرفة وعبارة المدونة من ادعى عبدا غائبا بيد رجل وأقام بينة أن ذلك العبد عبده فان عرفته البينة ووصفته وحليته قبلت شهادتهم وقضى له به وكذلك هذا في الحيوان والمتاع اذا كان بعينه * ابن يونس أجاز ابن القاسم أن يقيم البينة على عبد غائب ولم يجز ذلك ابن كنانة (وجلب الخصم بخاتم) أمر سحنون الناس بكتب أسمائهم في بطائق ثم تخلط البطائق ثم دعا الاول فالأول فمن دعا باسمه وخصمه حاضر أدخلهما وأجلسهما بين يديه على الاعتدال في مجلسهما فان استعدى الذي خرج اسمه على رجل بحاضرة مدينة القيروان أو بقصر ابن الاغلب وهو على ثلاثة أميال من المدينة أعداه على خصمه بطابع يعطيه اياه فاذا أتى صاحبه أمر بأخذ الطابع منه

على الطالب يعني فاذا أثبت ان تم غيره على الصفة المذكورة فيكون الاثبات حينئذ على الطالب ص ﴿ والبعيد جدا الخ ﴾ ش هذه تسمى يمين الاستبراء ويمين القضاء وهي تتوجه في الحكم على الغائب والميت وقد عقد لها في التبصرة فصلا وذكر ابن سهل في أحكامه انها انما تتوجه فيما اذا كان الحق في ذمة الميت وأما اذا شهدت بينة بان الميت أقر بهذا الشئ لشخص فانه يأخذه ولا يمين وسيأتي مزيد كلام لذلك في باب الشهادة عند قول المصنف وان قال أبرأني موكلك الغائب (مسئلة) قال ابن حجر في شرح البخاري في كتاب المناقب في شرح قوله من ادعى قوما ليس له فيهم نسب فليتبوأ مقعده من النار وفي رواية مسلم والاسماعيلي من ادعى ماليس له فليس منا وليتبوأ مقعده من النار وهو أعم مما تدل عليه رواية البخاري ويؤخذ من رواية مسلم تحريم الدعوى بشئ ليس هو للمدعى فيدخل فيه الدعوى الباطلة كلها واستدل به ابن دقيق العيد للمالكية في تصحيح الدعوى على الغائب بغير مسخر لدخول المسخر في دعوى ماليس له وهو يعلم أنه ليس له والقاضي الذي يقيمه أيضا يعلم ان دعواه باطلة قال وليس هذا القانون منصوصا في الشرع حتى يخص به عموم هذا الوعيد وانما المقصود ايصال الحق لمستحقه فترك مراعاة هذا القدر وتحصيل المقصود من ايصال الحق لمستحقه أولى من الدخول تحت هذا الوعيد العظيم انتهى وكلام ابن دقيق العيد المذكور رأيته في شرح العمدة له في كتاب اللعان فلينظر فيه والله أعلم ص ﴿ وجلب الخصم بخاتم

وكان لا يعطى كتاب عدوى بجلب الخصم الا بلطخ من شاهد عدل فيأمر كاتبه فيكتب له كتاب عدوى الى أمينه وقد تقدم أنه لا يرجع الخصم الا من الاميال اليسيرة (أو رسول) ابن فتوح ارسال الطالب للقاضى أن يرفع مطلوبه الى مجلس القضاء ينبغى للقاضى ان كان قريبا أن يأمر غلامه الذى له الاجارة من بيت المال بالمسير معه * ابن عبد الحكم والقريب من المدينة لمن يأتى ثم يرجع يبيت بمنزله فان لم يرتفع المطلوب بالطابع أشهد عليه بعصيانه وتأبيه على المجئ ثم يرسل القاضى اليه أحد أعوانه ويجعل له من رزقه جعلا اذا لم يكن له رزق من بيت المال اذا رفع المطلوب عليه وهو مما يلزمه فان لم يفعل القاضى ذلك فأحسن الوجوه أن يكون الطالب يستأجره على النهوض فى المطلوب ورفعه ويعطى العون ما يتفقان عليه الآن يتبين أن المطلوب الذى طلبه ودعاه الى الارتفاع الى القاضى فأبى عليه فيكون على المطلوب أجرة شخوص العون اليه ولا يكون على الطالب من ذلك شئ قال هذا ابن العطار وانتقد ابن الفخار هذا عليه وقال لا نعلم ذنبا يوجب استباحة مال الانسان الا الكفر وحده وليس مطلوبه يوجب استباحة ماله * المتيطى وهذا غير مستقيم والصحيح قول ابن العطار (ان كان على مسافة العدوى) ابن شاس اذا غاب ولم يكن موضعه يزيد على مسافة العدوى أحضره القاضى * العدوى طلبك الى وال ليعديك على من ظلمك أى ينتقم منه تقول استعديت على فلان الامير فأعدانى واستعنت به فأعانى عليه والاسم منه العدوى وهو المعونة (لا أكثر كستين ميلا الا بشاهد ويمين) ابن الحاجب يجلب الخصم مع مدعيه بخاتم أو رسول ان لم يزد على مسافة العدوى فان زاد لم يجلبه ما لم يشهد شاهد قال سحنون لا يشخص من البعد خصم ولا شاهد والبعد ستون ميلا * ابن سلمون فان كان الخصم فى مصر الحاكم أو على الاميال اليسيرة ونفر كتب برفعه قال أصبغ لا يكتب الا لأهل العدل اجمعوا فلانا وفلانا للتناصف فان أبى فانظروا فان رأيتم للمدعى وجه مطلب ولم يرد المطلوب تعنيته فارفعوه الىّ والا فلا (ولا يزوج امرأة ليست بولايته) ابن شاس ليس للقاضى أن يزوج امرأة خارجة عن ولايته

أو رسول ان كان على مسافة العدوى * ش قال القرافى فى الفرق الخامس والثلاثين والمائتين بين قاعدة ما تجب فيه اجابة الحاكم فيه اذا دعاه اليه وبين قاعدة ما لا تجب اجابته فيه ان دعى من مسافة العدوى فادونها وجبت الاجابة لانه لا تتم مصالح الاحكام وانصاف المظلومين من الظالمين الا بذلك ومن بعد من المسافة لا تجب الاجابة وان لم يكن له عليه حق لم تجب الاجابة أوله عليه حق ولكن لا يتوقف على الحاكم لا تجب الاجابة فان كان قادرا على أدائه لزمه أداؤه ولا يذهب اليه ومتى علم خصمه اعساره حرم عليه طلبه ودعواه الى الحاكم وان دعاه وعلم انه يحكم عليه بجور لم تجب الاجابة وتحرم فى الدماء والفروج والحدود وسائر العقوبات الشرعية وان كان الحق موقوفا على الحاكم كتأجيل العنين يخير الزوج بين الطلاق فلا تجب الاجابة وبين الاجابة فليس له الامتناع منها وكذلك القسمة المتوقفة على الحكم يخير بين تمليك حصته لغريمه وبين الاجابة فليس له الامتناع وكذلك الفسوخ الموقوفة على الحكام وان دعى الى حق يختلف فى ثبوته وخصمه يعتقد ثبوته وجب لانها دعوى حق أو يعتقد عدم ثبوته لم تجب لانه مبطل وان دعاه الحاكم وجبت له لان المحل قابل للحكم والتصرف والاجتهاد ومتى طولب بحق وجب عليه على الفور كرد المغصوب وجب أداؤه فى الحال ولا يحل له أن يقول لا أدفعه الا بالحكم لان المطل ظلم ووقوف الناس عند الحاكم صعب وأما النفقات فيجب الحضور فيها عند الحاكم لتقديرها ان كانت للاقارب وان كانت للزوجة أو الرقيق يخير بين ابانة الزوجة وعتق الرقيق وبين الاجابة انتهى ونقله فى الذخيرة فى أول كتاب الدعاوى وصدره بقوله اذا ادعى خصم من مسافة العدوى فادونها وجبت الاجابة الى آخره وذكر ما تقدم فدل على ان مسافة العدوى هى مسافة القصر وفى المسائل الملقوطة اختلف العلماء هل يحضر الحاكم الخصم المطلوب بمجرد الدعوى أو لا بد أن يسأله عن وجه الدعوى ويذكر للحاكم السبب والذى ذهب اليه جماعة من أصحابنا أنه لا يحضر حتى يبين للمدعى ان للدعوى أصلا وهى رواية عن أحمد ونقل عن الشافعى وأبى حنيفة وعن أحمد فى رواية انه يحضر بمجرد الدعوى والأول أولى لان الدعوى قد لا تتوجه فيبعث اليه من مسافة العدوى ويحضره لما لا يجب عليه فيه شئ ويفوت عليه كثير من مصالحه وربما كان حضور بعض الناس والدعوى عليه بمجالس الحكام مزر به فيقصد من له غرض فاسد أذى من يريد بذلك من التبصرة انتهى ص *(ولا يزوج امرأة ليست بولايته)* ش (مسئلة) وقعت وهى امرأة فى

(وهل راعى حيث المدعى عليه و به عمل أو المدعى فيه وأقيم منها وفى تمكين الدعوى لغائب بلا وكالة تردد) أما الفرع الأول فقال ابن عرفة الخصومة فى معين دار أو غيرها فى كونها ببلد المدعى فيه قاله ابن الماجشون وسحنون أو ببلد المدعى عليه ولو كان بغير بلد المدعى فيه قاله مطرف ثالثها هذا أو حيث اجتماعهما ولو بغير بلد المدعى فيه قاله أصبغ وقال كل من تعلق بخصم فى حق فله مخاصمته حيث تعلق بالذمة من دين وحق لا فى العقار * ابن عرفة وعلى هذا نقل المازرى عن المذهب ان من أثبت دينا على غائب أحلفه قاضى بلده يمين الاستبراء وحكم له بدينه على الغائب حيث يكون رابعا أن الحكم ببلد الغائب وان لم يكن المحكوم فيه به وقال فضل قول ابن القاسم كقول مطرف لقوله فى المدونة فى الرجل يرث الدار فيغيب و يأتى رجل يدعيها لا يحكم على الغائب الا أن يكون بعيد الغيبة بحيث لا يقدر المدعى أن يمضى اليه وعزا ابن سهل لعيسى بن دينار مثل قول مطرف انتهى من ابن عرفة ومن المفيد سئل عيسى بن دينار عن الرجل من قرطبة تكون له الدار أو الحق بجيان فيدعى ذلك رجل من أهل جيان فيريد الجيانى مخاصمة القرطبى عند قاضى جيان حيث الشئ الذى ادعى فيه أيرفع معه القرطبى الى جيان قال لا يرفع معه وانما يحكم بينهما حيث المدعى عليه و بذلك حكم ابن بشير وكتب به الى بعض قضاته * ابن حبيب وقاله مطرف وقال ليس له امساك المطلوب ان تعلق به فى غير موضع العقار والخصام فيه وأما ان كان العقار فى الموضع الذى تعلق به فيه فله حبسه وأما الدعوى بحق فى الذمة فانما الخصام حيث تعلق به الطالب * قلت الديون فى هذا مخالفة للعقار قال نعم وأما الفرع الثانى ففيه خمسة أقوال وفى سماع أشهب سألته عمن مات وترك زوجة بيدها ماله وزباعه وله أخ غائب فقام ابن الغائب فقال كل المال الذى بيد امرأة عمى ليس لها منه شئ وأنا وارث أبى ولا وكالة له من قبله و يقول ان أنا أثبته لا تدفعوه لى وأودعوه فى يد غيرى أو يقوم بذلك أجنبى على الغائب فقال أرى ذلك للابن ولا يدفع له المال و يوضع على يد عدل وأما غير الابن فلا أدرى ما هذا * ابن رشد وكذا الأب فيما ادعاه لابنه ولم يجز ذلك لمن سواهما من القرابة

بلاد الشحر من اليمن تزوجها رجل مغربى ثم سافر عنها الى جهة مصر ولم يترك لها نفقة ولا ما تنفق عليه وكتب اليه فلم يطلق ولم يرسل بنفقة وليس ببلدها من يطلق عليه لكونها بنت قاضى ذلك البلد فهل لقاضى مكة أن يطلق عليه فاجاب القاضى أبو القاسم بن أبى السعادات الأنصارى المالكى بان لم ير الحكم على الغائب أن يحكم بالفسخ وتمكن المرأة من ايقاع طلقة بعد اثبات الفصول المعتبرة فى ذلك شرعا اذا حضرت المرأة المذكورة أو وكيلها و يكتب الحاكم لعدول بلدها بما ثبت عنده و يأمرهم بتحليفها وتمكينها من ايقاع طلقة عليها والله أعلم ص ﴿ وهل راعى حيث المدعى عليه و به عمل أو المدعى وأقيم منها ﴾ ش هذا نحو ما ذكره فى التوضيح فى شرح قول ابن الحاجب فى الحكم على الغائب وقال ابن عبد الحكم ان كان له بالبلد مال أو حميل الى آخره وعليه شرحه الشراح والذى فى تبصرة ابن فرحون انما هو اذا كان الشئ المدعى فيه فى غير بلد المدعى عليه فقال ابن الماجشون انما الخصومة حيث المدعى فيه وقال مطرف وأصبغ حيث المدعى عليه والله أعلم وقال أبو الحسن لما ذكر بعض الكلام فى هذه المسئلة فى أوائل كتاب الشفعة فى مسئلة ما اذا كانت الدار غائبة والشفيع والمشترى حاضران قال وهذا كله فى الأصول وأما ما يتعلق بالذمم فحيث لقى الطالب المطلوب انظر نوازل سحنون انتهى وانظر أحكام ابن سهل فى الجزء الثانى من الأقضية والله أعلم ص ﴿ وفى تمكين الدعوى لغائب بلا وكالة تردد ﴾ ش أشار بالتردد الى الخلاف فى الطرق التى ذكرها فى التوضيح وذكرها ابن عرفة وغيره اه (تنبيه) هذا الخلاف فى الدعوى ممن لا تعلق له بالشئ المدعى فيه باذن من صاحبه أو بغير اذنه أو من له فيه تعلق لاستيفاء حقه منه فهل له المطالبة بذلك أم لا لم أر فى ذلك كلاما شافيا والذى تقتضيه نصوص المذهب الآتى ذكرها أن تلخص قاعدة من ذلك وتجعل المسئلة على ثلاثة أوجه وهى ان هذا المدعى ان تعلق به الشئ المدعى فيه ودخل فى ضمانه وهو مطالب به فله المخاصمة فيه والدعوى واثبات ملك الغائب وتسلمه وان لم يكن فى ضمانه فاما أن يريد أن يستوفى من ذلك المدعى فيه شيأ له فى ذمة المالك الغائب أم لا فان كان الأول جاز له أن يدعى و يثبت ملك الغائب أيضا والا لم يمكن من الدعوى فمن القسم الأول الغاصب اذا غصبه غاصب آخر والمستعير اذا كان الشئ مما يغاب عليه والمرتهن كذلك والحميل كذلك قال فى نوازل سحنون من كتاب الغصب سئل سحنون عن رجل من العمال أكره رجلا أن يدخل بيت رجل يخرج منه متاعه يدفعه اليه فاخرج له ما أمره به فدفعه اليه ثم عزل ذلك

العامل الغاصب ثم أتى المغصوب منه المتاع فطلب ما غصب فهل يكون له أن يأخذ بماله من شاء منهما ان شاء من الآمر وان شاء المأمور فقال نعم له أن يأخذ بماله من شاء منهما قيل له فان أخذ ماله من الذى أكره على الدخول هل يرجع هذا الذى غرم على العامل الذى أكرهه على الدخول فقال نعم قيل له فان عزل الأمير الغاصب وغاب المغصوب منه المتاع فقام هذا المكره على الدخول فى بيت الرجل على الأمير الغاصب لهذا المتاع ليغرمه اياه ويقول أنا المأخوذ به اذا جاء صاحبه هل يعدى عليه قال نعم قال محمد بن رشد هذا كما قال لان الاكراه على الأفعال التى يتعلق بها حق لمخلوق كالقتل والغصب لا يصح باجماع وانما يصح فيما لا يتعلق به حق لمخلوق من الأقوال باتفاق ومن الأفعال على اختلاف وقد مضى تحصيل القول فى هذا فى رسم حمل صبيا من سماع عيسى من كتاب الايمان بالطلاق وأما قوله بانه يقضى للمكره على الدخول فى بيت الرجل العامل بالمال لانه هو المأخوذ به ففيه نظر والذى يوجبه النظر أن يقضى له بتغريمه إياه ولا يمكن منه و يوقف لصاحبه انتهى ونقله فى التوضيح وقبله وكذلك ابن عرفة لكن قال اثره (قلت) الأظهر تمكينه منه لانه لو هلك فى الوقت لضمنه لانه على حكم الغصب باق انتهى وأما قوله ان الاكراه على الأفعال التى يتعلق بها حق لمخلوق كالغصب والقتل لا يصح باجماع فليس كذلك بل فيه الخلاف حسبما نقله فى التوضيح وابن عرفة وغيره وقالوا أيضا فى باب الحمالة اذا أراد الحميل أخذ الحق بعد محله والطالب غائب وقال أخاف أن يفلس وهو ممن يخاف عدمه قبل قدوم الطالب أو لا يخاف الا انه كثير اللدد والمطل مكن من ذلك فان كان الحميل أمينا أقر عنده والا أودع لبراءة الحميل والغريم انتهى من الذخيرة وذكره أبو الحسن عن عبد الحق وغيره ومن القسم الثانى المرتهن يثبت ملك الراهن ليبيعه ويستوفى منه حقه وزوجة الغائب وغرماؤه يثبتون ماله ليباع لهم ويستوفون حقهم قال ابن رشد الذى جرى به العمل أن القاضى لا يحكم للمرتهن ببيع الرهن حتى يثبت عنده الدين والرهن وملك الراهن له ويحلفه مع ذلك أنه ما وهب دينه ولا قبضه ولا أحال به وانه لباق عليه الى حين قيامه انتهى وقال فى التوضيح فى باب النفقات وان كان للزوج ودائع وديون فرض للزوجة نفقتها فى ذلك ولها أن تقيم البينة على من جحد من غرمائه ان لزوجها عليهم دينا ويقضى عليهم بنفقتها ثم قال واعلم أن الحاكم لا يبيع الدار حتى يكلف المرأة اثبات ملكية الزوج لها وتشهد البينة بان الدار لم تخرج عن ملكه فى علمهم انتهى وقال فى التوضيح فى شرح مسئلة من ادعى عليه فى شئ بيده فقال هو لفلان الغائب عن المازرى ما نصه فان زعم المدعى عليه أن الدار رهن فى يديه فالتحقيق يقتضى أن يمكن من اقامة البينة انها للغائب حينئذ انتهى وقال فى كتاب الرهون من المدونة وأما ما يغاب عليه فالمرتهن يضمنه الا أن يقيم بينة على هلاكه من غير سببه وانما هو بأمر من الله أو بتعدى أجنبى فذلك من الراهن وله طلب الجانى وقال أبو الحسن وانما لم يقل لهما لان الراهن أرجح لان الملك له وأما المرتهن فليس له الا الوثيقة فاذا لم يطلبه الراهن كان للمرتهن طلبه بحق وثيقة انتهى وقال فى أواخر باب الاجارة من الجواهر فيما اذا غصبت الدار المستأجرة ولو أقر المكرى للغاصب بالرقبة قبل اقراره فى الرقبة ولا يفوت حق المنفعة تبعا على المستأجر بل له مخاصمة الغاصب لأجل حقه فى المنفعة انتهى ومن القسم الثالث المودع والوكيل على شئ مخصوص ونحو ذلك قال فى الذخيرة فى كتاب الوديعة الفرع الثامن قال صاحب الاشراق اذا سرقت الوديعة ليس للمودع مخاصمة السارق الا بتوكيل منك وقال أبو حنيفة له ذلك بناء على أن الخصومة فى الاملاك للملاك ومن ليس مالكا فلا خصومة له

انتهى وفى نوازل عيسى من كتاب البضائع والوكالات فى شرح المسئلة الثانية قال محمد بن رشد اذا وكل الوكيل على طلب آبق فأدركه فى يد مشتر انه لا يمكن من ايقاع البينة على انه للذى وكله حتى يقيم البينة انه وكله على الخصومة فيه وهو صحيح على ما تقدم فى المسئلة التى قبلها أنه ليس للوكيل أن يتعدى ما وكل عليه و يتجاوزه الى غيره انتهى وقال فى التوضيح فى شرح المسئلة المتقدمة وهى مسئلة من ادعى عليه رجل فى شئ بيده فقال هو لفلان الغائب فنقل الكلام المتقدم عن المازرى ونصه ولو أراد من بيده الدار أن يقيم بينة بملك الغائب يعارض بها بينة المدعى ولم تثبت له وكالة تبيح المدافعة ففى تمكينه من ذلك خلاف للعلماء انتهى وقال فى كتاب الغصب من المدونة ومن بيده وديعة أو عارية أو إجارة و ربها غائب فادعاها رجل وأقام البينة انها له فليقض له بها لان الغائب يقضى عليه بعد الاستيناء الا أن يكون ربها بموضع قريب فيتلوم له القاضى و يأمر أن يكتب اليه حتى يقدم انتهى فلم يجعل لمن بيده الوديعة والعارية ولا المستأجر المخاصمة بل قضى بذلك على الغائب الذى أقام البينة أن ذلك له وقال فى أكرية الدور من تبصرة اللخمى وان هدم الدار أجنبى سقط مقال المكترى فى ذلك الكراء لان المنافع فى ضمان المكرى حتى يقبضها المكترى و يكون صاحب الدار بالخيار بين أن يغرم الهادم قيمتها على أن لا كراء فيها أو يغرمه قيمتها مستثناة المنافع سنة و يأخذه بالمسمى الذى أكرى به لانه دين كان له على المكترى أبطله له بهدمه لتلك الدار انتهى فجعل المتكلم فى ذلك لمالك الدار ولم يجعله لمالك المنافع وهو المكترى لانه ليس له شئ فى ذمة المكرى يستوفيه منها لسقوط ذلك عنه بالهدم لكون المنافع فى ضمان المكرى حتى يستوفيها المكترى وقال فى نوازل ابن رشد فى مسائل البيع (سئل) عن أصحاب المواريث اذا باعوا شيأ على انه لبيت المال فقام من أثبت عند القاضى ان هذا المبيع لقريب منه غائب وهو حى وحازه عند القاضى هل يفسخ القاضى البيع و يوقفه للغائب أو يبقى بيد المبتاع حتى يقدم الغائب فأجاب لا يمكن القاضى القريب من المخاصمة عن قريبه الغائب فيما باعه صاحب المواريث دون وكالة وانما يمكنه من اثبات حقه فى ذلك والتحصين له بالاشهاد عليه مخافة أن تغيب البينة أو تتغير وقال فى رسم الأقضية من سماع أشهب وسألته عن عشيرة رجل ذكروا أن رجلا منهم بالأندلس وفى يد رجل منهم له دار وانه ادعاها لنفسه وأنكر أن يكون لصاحبهم فى يديه حق وسألوه أن يأذن لهم فى المخاصمة واثبات البينة عليه بحق الغائب قبل هلاك من يعلم ذلك و يشهد عليه هل ترى أن يأذن لهم فى ذلك قال لا أرى ذلك الا بوكالة أو أمر يعرفه قال ابن رشد مثل هذا حكى ابن حبيب فى الواضحة من رواية ابن غانم عن مالك ومن رواية أصبغ عن ابن القاسم عن مالك وزاد عن ابن القاسم انه قال فان جهل القاضى فأمره بالمخاصمة فحكم عليه أوله لم يجز ذلك عليه ولا له وقال ابن نافع مثله وقد مضى القول على هذه المسئلة محصلا مستوفى فى الرسم الذى قبل هذا و يشير بذلك الى ما فى رسم الأقضية الثالث من السماع المذكور ونصه وسألته عن الرجل يموت و يترك زوجة و بيدها ماله ورباعه ودوابه وكل كثير له وقليل وللهالك أخ غائب فيقوم ابن الأخ الغائب فيقول أنا أثبت أن هذا المال الذى بيدها كله لعمى وليس لها منه شئ وأبى وارثه فاذا قضى به لعمى فضعوه بيد عدل ولا تدفعوه الى أو يقوم فى ذلك رجل غير ابنه فيقول مثل مقالته فقال أما الابن فأرى أن يمكن من ذلك فاذا ثبت ما قال وضع على يد عدل فأما الرجل غير ذلك فلا أدرى ما هذا قال ابن رشد أجاز فى هذه الرواية للابن أن يخاصم عن أبيه الغائب فى رباعه وحيوانه وجميع ماله دون توكيل وكذلك الاب فيما ادعاه لابنه وقع ذلك فى

الجدار وقال فى الواضحة ان ذلك فى الاب أبين منه فى الابن ولم يجز ذلك لمن سوى الاب والابن من القرابة والعشيرة على ماسيأتى له فى الرسم الذى بعد هذا وفى رسم الكبش من سماع يحيي غير انه فى هذه الرواية أراد المالك أن يمكن من ايقاع البينة واثبات الحق لا أكثر وليس مافى رسم الكبش بمخالف لمافى هذه الرواية وقد حملها بعض أهل النظر على الخلاف وليس ذلك بصحيح وقد اختلف فى هذا على أربعة أقوال (الاول) ماحملت عليه هذه الرواية ومافى رسم الكبش من سماع يحيي من التفرقة بين الاب والابن و بين سائر القرابة والاجنبيين (والثانى) انه يمكن من قام عن غائب يطلب حقاله من المخاصمة عنه فى ذلك دون توكيل وان كان أجنبيا ذهب الى هذا سحنون والى أن القاضى يوكل من يقوم بحقه تأول مار وى عن مالك من أنه لا يمكن أحد الا بوكالة فقال معناه فيما طال من الزمان ودرس فيه العلم وهو أحد قولى ابن الماجشون و روى ذلك عن أصبغ والثالث يمكن من اقامة البينة ولا يمكن من الخصومة والرابع أنه لا يمكن من اقامة البينة ولا من الخصومة وهو قول ابن الماجشون فى الواضحة ومطرف وقد قيل ان القريب والاجنبى يمكن من المخاصمة فى العبد والدابة والثوب دون توكيل لأن هذه الاشياء تفوت وتحول وتغيب ولا يمكن من المخاصمة فيما سوى ذلك من الدين وغيره الا الاب والابن حكى هذا ابن حبيب فى الواضحة عن مطرف وابن الماجشون وهو قول خامس فى المسئلة واختلف اذا مكن القائم عن الغائب فى المخاصمة عنه فيما يدعيه له دون توكيل على القول به فقيل ذلك فى قريب الغيبة و بعيدها سواء وهو الظاهر من رواية أشهب هذه اذ لم يفرق فيها بين قريب الغيبة من بعيدها وكذلك حكاه أبو زيد عن ابن الماجشون فى الحيوان يدعيه ابن الغائب أو أجنبى وقيل ان ذلك فى القريب الغيبة دون البعيد والى هذا ذهب سحنون وابن حبيب فيما حكى عن مطرف ثم ذكر مسائل استدل بها لهذا القول وأطال فى ذلك والله أعلم (تنبيهات * الاول) اذا كان للمدعى حصة فى الشئ المدعى به و باقيه للغائب فله الدعوى فى ذلك و يأخذ حصته و يترك الباقى فى يد من هو فى يده حتى يأتى من يدعيه قال فى أواخر الشهادات من المدونة وان شهدوا أن هذا وارث أبيه أو جده مع ورثة آخرين لم يعط هذا منها الامقدار حصته و يترك القاضى باقيها فى يد المدعى عليه حتى يأتى من يستحقه وقد كان يقول غير هذا يعنى بالمقول مار وى عن مالك بعده وهو أنه ينزع من يد المطلوب و يوقف وفى كتاب الولاء أتم مما هنا قال بعض القرويين ينبغى على قول ابن القاسم اذا قامت غرماء بدين على الغائب أن يباع لهم الحظ الموقوف بيد المدعى عليه لأن الغائب لو كان حاضرا ونكل عن اليمين لكان للغرماء أخذها و بيعها فى دينهم ابن يونس يريد بعد يمينهم التى كان يحلفها الغائب أنظر تمامها انتهى وانظر التبصرة لابن فرحون فى تقسيم المدعى لهم (الثانى) اذا ثبت حق لغائب فهل يوقف حتى يحلف يمين الاستظهار أو يسلم لوكيله وتؤخر اليمين حتى يقدم فيحلف أو يموت فتحلف ورثته وان نكل أو نكلوا رجع عليه ذكر البرزلى فى ذلك قولين فى مسائل الغصب والاستحقاق وسيأتى الكلام على ذلك مستوفى فى باب الشهادات عند قول المصنف وان قال أبرأنى موكلك الغائب (الثالث) اذا ردت اليمين على الموكل وهو غائب فقال ابن رشد فى آخر مسائل الوكالات من نوازله فى رجل غائب وكل وكيلا على القيام بعيب فى سلعة اشتراها من رجل فأنكر الرجل أن يكون باع من موكله وانما باعها من رجل آخر فلزمه اليمين لعدم البينة فرد اليمين على الغائب الجواب الذى أرى فى هذا اذا لم يسم المقوم عليه من باع السلعة منه أو سمى رجلا بعيد الغيبة فتبين بذلك لدده أن

* ابن شاس ﴿ كتاب الشهادات ﴾ وفيه ستة أبواب الأول يفيد هلية الشهادة وما أيفيد قبولها وما يمنع منه * الباب الثانى فى العدد والذكورة * الثالث فى مستند علم الشاهد وتحمله وأدائه * الباب الرابع فى الشاهد واليمين * الباب الخامس فى الشهادة على الشهادة * الباب السادس فى الرجوع عن الشهادة خاتمة الكتاب بذكر اطلاع القاضى بعد الحكم على خلل فى الشهود * المتيطى مراتب الشهود فى الشهادات احدى عشرة مرتبة والشهادة التى توجب الشئ دون يمين سبعة أقسام والتى توجبه مع اليمين خمسة والتى توجب حكمه ولا توجب الحق خمسة أقسام * ابن عرفة لما كانت الشهادة موجبة لحكم الحاكم بمقتضاها اكتسبت من الشرف منزلة فاشترط فيها شروط (العدل حر مسلم عاقل بالغ) من المدونة يجوز فى الاستهلال ونحوه شهادة امرأتين مسلمتين عدلتين * ابن عرفة من شروط اداء الشهادة لا تحملها الاسلام والحرية والعقل والبلوغ * المازرى شرط العقل واضح لان المجنون لا يعقل ما يقول ولا يضبطه ومن هو كذلك لا يلتفت الى قوله * ابن عبد السلام لا يختلف فى العقل فى حالتى التحمل والاداء ولا يضر ذهاب العقل (١٥٠) فى هاتين الحالتين ونص عليه عبد الملك * ابن عرفة ما أذكره من مقتضى المذهب ونص عليه عبد الملك لا أعرفه بل نقل الشيخ عن مالك فى الكبير يخنق ثم يفيق ان كان يفيق افاقة يعقلها جازت شهادته وبيعه وابتياعه والبلوغ فى عمومها اتفاقا * المازرى لانه ان لم يبلغ غير مكلف ولا يأثم فيما يفعله من منهى عنه وهذا يمنع الثقة بشهادته ومن المدونة اذا شهد عبد أو نصرانى أو صبى بشهادة ثم ردوها بعد العتق والاسلام والحلم جازت (بلا فسق) ابن شاس أما ما يفيد قبول الشهادة وهو ما يشترط الاتصاف به بعد ثبوت الأهلية فوصفان الاول العدالة * ابن الحاجب وهو المحافظة الدينية على اجتناب الكبائر وتوقى الصغائر وأداء الأمانة وحسن المعاملة * ابن شاس ليست العدالة أن يمحض الرجل الطاعة حتى لا يشوبها معصية إذ ذلك متعذر لا يقدر عليه الا الأولياء والصديقون لكن من كانت الطاعة أكثر حاله وأغلبها عليه وهو مجتنب للكبائر محافظ على ترك الصغائر فهو العدل (وحجر) سمع أشهب أتجوز شهادة المولى عليه وهو عدل قال نعم * ابن رشد مثله روى ابن عبد الحكم وهو قياس المعلوم من قول ابن القاسم فى لغو الولاية على اليتيم البالغ فى جواز أفعاله وردها وأما الذى يأتى على مشهور المذهب المعلوم ومن قول مالك وأصحابه فى أن المولى لا تنفذ أفعاله وان كان رشيدا فى أفعاله أن لا تجوز شهادته ولو كان مثله لو طلب ماله أخذه (و بدعة وان تأول كخارجى وقدرى) ابن عرفة شهادة المبتدع ساقطة لانه كافر أو فاسق * ابن القصار ولو كان عن تأويل غلط فيه * ابن الحاجب ولا يعذر بجهل وتأويل كالخارجى والقدرى (لم يباشر كبيرة) عبارة ابن شاس أن يكون مجتنبا للكبائر زاد عياض ومتوقى

يؤخذ منه حميل بالثمن الى أن يكتب للغائب فى الموضع الذى هو به فيحلف وسواء كان قريب الغيبة أو بعيدها ولا يدخل فى هذا الاختلاف الذى فى وكيل الغائب على قبض الدين يقر به ويدعى انه قضاه لأن هذا مقر للغائب بشئ وأما أخذ الثمن منه وايقافه فلا أراه اذ لم يثبت عليه بعد شئ انتهى الرابع قال الشيخ أبو الحسن الصغير فى كتاب الرد بالعيب فى الكلام على الرد على الغائب والقاعدة ان الامام لا يتعرض لديون الغائب يقبضها الا ان يكون مفقودا أو مولى عليه أو حاضرا يريد ان تبرأ ذمته ورب الدين غائب أو حاضر ملد وهذا بخلاف من تعدى على مال غائب فأفسده فان الامام يأخذ منه القيمة ويحبسها للغائب انتهى ونحوه فى النكت فانظره قال ابن رشد وانما لا يعرض السلطان لمن غاب وترك مالا له بيد رجل أو دينا له قبله اذا سافر كما يسافر الناس وأما اذا طالت غيبته وانقطع خبره فالسلطان ينظر له ويحوز ماله على ما وقع فى طلاق السنة انتهى من رسم الاقضية الثالث من سماع أشهب من كتاب الاقضية (الخامس) قال فى نوازل ابن رشد من مسائل الدعوى والخصومات سئل عن أصحاب المواريث هل يجوز لهم الخصام فى شئ لبيت المال وهو بيد رجل يدعيه لنفسه أم لا يجوز لهم خصامه ويقيمون البينة على انفراد بيت المال به دون الذى هو فى يده الجواب لا يمكن أصحاب المواريث من الخصام فى ذلك دون ان يجعل اليه الطلب فى ذلك والمخاصمة وان أراد ليثبت ذلك لبيت المال ويحصنه بالاشهاد دون مخاصمة من هو فى يده كان ذلك له وبالله التوفيق انتهى

ص ﴿ باب ﴾

﴿ العدل حر مسلم عاقل بالغ ﴾ ش هذا يسمى باب الشهادة قال ابن عبد السلام ولا حاجة

لتعريف حقيقتها لانها معلومة واعترضه ابن عرفة بانه مناف لقول القرافي أقمت ثماني سنين أطلب الفرق بين الشهادة والرواية قال ابن عرفة والصواب ان الشهادة قول هو بحيث يوجب على الحاكم سماعه الحكم بمقتضاه ان عدل قائله مع تعدده أو حلف طالبه فتخرج الرواية والخبر القسيم للشهادة واخبار القاضي بما ثبت عنده قاضيا آخر يجب عليه الحكم بمقتضى ما كتب به اليه لعدم شرطية التعدد والحلف وتدخل الشهادة قبل الاداء وغير التامة لأن الحيثية لا توجب حصول مدلول ما أضيفت اليه بالفعل حسبما ذكروه في تعريف الدلالة انتهى وقوله ان عدل قائله يريد ان ثبتت عدالته عند القاضي اما بالبينة أو بكونه يعلمها ولو قال قول عدل الى آخره وأسقط قوله ان عدل قائله لكان أبين لأن عدل انما يستعمل غالبا فيما ثبت أو لو قال يوجب على الحاكم سماعه لأن الحكم بمقتضاه ان علم عدالة قائله لشمل ذلك ما اذا ثبتت عدالته عنده أو كان عالما بها والظاهر ان في حده دورا لأن الحكم بافتقاره للتعدد فرع عن كونه شهادة (تنبيه) جعل المصنف رحمه الله هذه شروطا في العدالة وهو خلاف ما يقوله أهل المذهب فانهم انما جعلوا هذه الاوصاف شروطا في قبول الشهادة وذكروا من جملة الشروط العدالة وهو أبين فان العبد يوصف بالعدالة قال ابن عرفة ولما كانت الشهادة موجبة لحكم الحاكم أي بمقتضاها اكتسبت شرفا فاشترط فيها شروط منها في أدائها الاسلام اتفاقا قال ومنها الحرية والعقل ثم قال والبلوغ ثم قال والعدالة قال ولما كانت شروطا في الشهادة والرواية تكلم عليها الفقهاء والأصوليون وابن الحاجب في أصله وفقهه وأطال المازري فيها الكلام والاولى صفة مظنة تمنع موصوفها البدعة وما يشينه عرفا ومعصية غير قليل الصغائر فالصغائر الخسيسة مندرجة فيما يشين ونادر الكذب في غير عظيم مفسدة عفو مندرج في قليل الصغائر بدليل قولها في آخر شهاداتها مما يجرح به انه كذاب في غير شيء واحد وأطول منه قول ابن الحاجب في الفقه العدالة المحافظة الدينية على اجتناب الكذب والكبائر وتوقي الصغائر وأداء الامانة وحسن المعاملة ليس معها بدعة أو أكثرها ابن عبد السلام والضمير في قوله ليس معها بدعة راجع للعدالة وظاهره أن السلامة من البدعة أمر زائد على العدالة لكن تعليله اشتراط هذه المعية بقوله فانها فسق يوجب كونها مضادة فيستغني بذكر العدالة عنها كما استغنى بذكر العدالة عن سائر أضدادها وقد يجاب بان هذا النوع من أضداد العدالة فلذا كثر النزاع فيه انتهى ويجاب بان قوله الدينية احترز به من المحافظة المذكورة اذا لم يكن القصد بها الدين وانما فعلها لتحصيل منصب دنيوي وقال ابن محرز في تبصرته قال أبو بكر الابهري في صفة من تقبل شهادته هو المجتنب الكبائر المتوقي لأكثر الصغائر اذا كان ذا مروءة وتمييز متيقظا متوسط الحال بين البغض والمحبة (قلت) وقد أتت هذه الصفة على جميع ما ينبغي للشاهد العدل انتهى وقوله حر لاخفاء في اشتراط الحرية وقوله مسلم كذلك وقوله عاقل قال ابن عرفة ابن عبد السلام لا يختلف في اعتبار العقل في حالتي التحمل والاداء ولا يضر ذهاب العقل في غير هاتين الحالتين ونص عليه عبد الملك قال ابن عرفة قلت ما ذكره هو مقتضى المذهب ونص عبد الملك عليه لا أعرفه بل نقل الشيخ عن المجموعة قال ابن وهب عن مالك في الكبير يخنق ثم يفيق ان كان يفيق افاقة بينة يعقلها جازت شهادته وبيعه وابتياعه انتهى

ص ﴿ أو كثير كذب ﴾ ش قال ابن عرفة وأما الكذب فنصها مما يجرح به الشاهد قيام بينة على انه كذاب في غير شيء واحد ونقلها ابن الحاجب بانه معروف بالكذب في غير شيء واحد قال

المثابرة على الصغائر * ابن عات ومجانبا مخالطة من لاخير فيه (أو كثير كذب) من المدونة مما يجرح به الشاهد قيام بينة عليه انه كذاب في غير شئ واحد (أو صغيرة خسة

ابن عبد السلام كلامه يعنى تكرار الكذب ممن يثبت عليه ذلك وانه مشهور من قوله معروف ولم يشترط هذا القيد الاخير فى المدونة ويكفى تكرار الكذب (قلت) قوله يعطى تكرار الكذب لاوجه له لتخصيصه به دون المدونة لأن فيها لفظ كذاب وفعال يدل على التكرار ضرورة وقوله انه مشهور من قوله معروف يرد بمنعه لأن مدلول مشهور أخص من معروف ولا يلزم من صدق الاعم صدق الاخص وقوله لم يشترط هذا فى المدونة ان أراد به كونه مشهورا فلا يضر لما بينا ان لفظ معروف لا يستلزمه وان أراد لفظ معروف فقوله لم يشترط فى المدونة ان أراد نصا فسلم وان أراد لزوما فممنوع لأن لفظ قولها قيام البينة العادلة انه كذاب بصيغة المبالغة يدل على انه معروف بمطلق الكذب عادة لأن الغالب فى العادة انه لا يثبت بالبينة العادلة على رجل أنه كذاب فى غير شئ الا وهو معروف بمطلق الكذب عادة لأنه الغالب فتأمله منصفا انتهى ص ﴿وسفاهة﴾ ش لعله يريد بالسفاهة المجون قال فى المدونة فى كتاب القطع أو أنهم مجان قال فى التوضيح جمع ماجن الجوهرى المجون ان لا يبالى الانسان ما صنع انتهى وقال ابن فرحون فى شرحه وفى التقريب الماجن هو القليل المروءة الذى يكثر الدعابة والهزل فى أكثر الاوقات انتهى ص ﴿ذو مروءة﴾ ش ابن عرفة والروايات والاقوال واضحة لأن ترك المروءة جرحة قيل لان تركها يدل على عدم المحافظة الدينية وهى لازم العدالة وتقرر بانها مسببة غالبا عن اتباع الشهوات المازرى لان من لا يبالى بسقوط منزلته ودناءة همته فهو ناقص العقل ونقصه يوجب عدم الثقة به (قلت) والمروءة هى المحافظة على فعل ما تركه من مباح يوجب الذم عرفا كترك الملئ الانتعال فى بلد يستقبح فيه مشى مثله حافيا وعلى ترك ما فعله مباح يوجب ذمه عرفا كالاكل عندنا فى السوق وفى حانوت الطباخ لغير الغريب انتهى وفى التوضيح ابن محرز ولسنا نريد بالمروءة نظافة الثوب وفراهة المركوب وجودة الآلة وحسن الشارة بل المراد التصون والسمت الحسن وحفظ اللسان وتجنب المجون والسخف والارتفاع عن كل خلق ردىء يرى ان من تخلق به لا يحافظ معه على دينه وان لم يكن فى نفسه جرحة انتهى فمن ترك اللباس المحرم أو المكروه الخارج عن السنة لا يكون جرحة فى شهادته كلباس فقهاء هذا الزمان من تكبيرهم العمائم وافراطهم فى توسيع الثياب وتطويلهم الاكمام وقد صرح الشيخ أبو عبد الله بن الحاج فى المدخل بان ذلك ممنوع ونقل عن العلماء من أهل المذهب وغيرهم الكلام فى ذلك فراجعه نعم لو مشى الانسان حافيا أو بغير عمامة بالكلية مما هو مباح لكن العادة خلافه ينظر فى أموره فان أراد بذلك كسر النفس ومجاهدتها لم يكن ذلك جرحة فى حقه وان كان على جهة المجون والاستهزاء بالناس فذلك جرحة كما قاله فى التوضيح فى الصنائع وتقدم فى كلام ابن عرفة فى القولة التى قبل هذه وأما حمل الانسان متاعه من السوق فهو من السنة لقوله عليه الصلاة والسلام صاحب الشئ أحق بشيئه وذلك حين اشترى السراويل وأراد بعض أصحابه أن يحملها عنه وأظنه السيد أبا بكر رضى الله عنه والقضية فى الشفاء وقوله فى التوضيح وحسن الشارة الشارة الهيئة واللباس يقال ما أحسن شوار الرجل وشارته أى لباسه وهيئته قال ابن الاعرابى الشورة بالضم الجمال وبالفتح الخجل انتهى من المعلم فى شرح قوله ان رجلا أتاه وعليه شارة حسنة وقال القاضى عياض الشوار هنا بالفتح وأما الشورة الجمال فبالفتح والضم معا وشوار البيت متاعه بالكسر وشوار الرجل مذاكيره انتهى وقال ابن سيده فى محكمه وشوار الرجل ذكره وخصياه واسته وفى الدعاء أبدى الله شواره بالضم لغة عن

وسفاهة) ابن عرفة العدالة صفة مظنة تمنع موصوفها البدعة وما يشينه عرفا ومعصية غير قليل الصغائر فالصغائر الخسيسة مندرجة فيما يشين ونادر الكذب فى غير عظيم مفسدة غير مندرج فى قليل الصغائر بدليل قولها مما يجرح به انه كذاب فى غير شئ واحد (ولعب نرد) من المدونة الشطرنج أشر من النرد * المازرى ظاهر المذهب انهما سواء انظر بعد هذا عند قوله وادامة شطرنج (ذو مروءة

بترك غير لائق) ابن شاس الوجه الثانى المروءة فيشترط فى العدل أن يكون مستعملا لمروءة مثله * ابن عرفة المروءة هى المحافظة على فعل ما تركه من المباح يوجب الذم عرفا كترك الملىء الانتعال فى بلد يستقبح فيه مشى مثله حافيا وعلى ترك ما فعل من مباح يوجب ذمه عرفا كالأكل عندنا فى السوق وفى حانوت الطباخ لغير الغريب * ابن رشد لا ترد شهادة ذوى الحرف الدنيئة كالكناس والحجام الا من رضيها اختيارا مما لا تليق به لأنها تدل على خبل فى عقله * البرزلى حكى عن الصالح أبى العباس السبتى حالات ومع ذلك لم يعتقد فيه الا الخير لما اشتهر من صلاحه وزهده وايثاره وكذا حكى الشيخ الصالح الراوية البطرينى أن الولى المشهور الزواوى كان مخرب الظاهر وهو عند العامة مشهور بالولاية فلا يقدح فى عدالته تخريب ظاهره وقال شيخنا الامام الحياكة بحسب البلدان وهى فى اقليم افريقية من الصناعات الرفيعة يستعملها وجوه الناس وكذا كل صنعة بحسب رفعتها وخستها (من حمام) من المدونة يجرح الشاهد بثبوت لعبه بالحمام اذا كان يقامر عليها * محمد من فعله على قمار أو أدمن عليه ردت شهادته (وسماع غناء) المازرى الغناء لا بآلة عندنا مكروه قال ابن عبد الحكم من أدمن على سماع غناء ردت شهادته فيمكن انه رآه علما على سقوط المروءة ومن المدونة قال مالك ترد شهادة المغنى والمغنية والنائحة ان عرفوا بذلك بشرط اشتهارهم بذلك والاشتهار بذلك يدل على الخساسة قال ولما حرمت الخمر وكان ضرب الأوتار والنفخ فى المزمار يقارن شربها غالبا ويحرك النفس الى شربها انسحب حكم التحريم على ذلك

بخلاف ما لا يطرب ولا يدعو الى الشرب وفى الاحياء كل آلة يستخرج منها صوت مستطاب موزون فان كان مما يعتاده أهل الشرب حرم سماعها والا فهى باقية على أصل الاباحة قياسا على صوت الكبر بل أقول سماع الأوتار ممن يضرب بها على غير وزن حرام أيضا اهـ راجع أواخر قواعد عز الدين وفتاويه فى حكم السماع وهو أولى من يقلد فى هذا الباب (كدباغة وحياكة اختيارا) تقدم هذا وقول ابن عرفة ان الحياكة من الصناعات الرفيعة (وادامة شطرنج) من المدونة من أدمن على اللعب بالشطرنج لم تجز شهادته وان كان انما هو المرة بعد المرة فشهادته جائزة اذا كان عدلا وكره مالك اللعب بها وقال هى أشد من النرد وقال الأبهرى تجوز شهادة من لا يدمن على اللعب بالشطرنج إذ لا يخلو الانسان من لهو ومزح يسير وقد روينا عن جماعة من التابعين انهم كانوا يلعبون بالشطرنج اهـ ما لابن يونس وقال أبو عمر قول مالك ان كان لعبه بالشطرنج انما هو المرة بعد المرة فشهادته جائزة يدل على أن اللعب بها ليس بمحرم لنفسه وعينه انه لو كان كذلك لاستوى قليله وكثيره فى تحريمه وليس اللعب بها بمضطر اليه ولا مما لا ينفك عنه فيعفى عن اليسير منه قال وممن أجاز اللعب بالشطرنج على غير قمار سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير ومحمد بن المنكدر ومحمد بن سيرين وعروة بن الزبير وابنه هشام وسليمان بن يسار

ثعلب انتهى ص ﴿بترك غير لائق من حمام﴾ ش قال فى التوضيح عن ابن محرز الادمان على لعب الحمام والشطرنج جرحة وان لم يقامر عليها قال فى آخر كتاب الرجم ولا تجوز شهادة لاعب الحمام اذا كان يقامر عليها واختلف الشيوخ هل يقيد ما قاله فى غير هذا الموضع بهذا القيد أى المقامرة أو خلاف انتهى وقال فى الشامل بترك غير لائق من لعب بحمام وان دون قمار على الاصح انتهى لكن يفهم من كلامه فى التوضيح اشتراط الادمان وظاهر كلام المصنف هنا خلاف ذلك وعزا أبو الحسن التقييد بالادمان لكتاب الشهادات ويفهم من كلام المصنف وغيره من أهل المذهب أن اللعب بالحمام غير حرام ولكنه غير لائق والله أعلم ص ﴿وسماع غناء﴾ ش قال فى التوضيح الغناء ان كان بغير آلة فهو مكروه ولا يقدح فى الشهادة بالمرة الواحدة بل لا بد من تكرره وكذا نص عليه ابن عبد الحكم لانه حينئذ يكون قادحا فى المروءة وفى المدونة ترد شهادة المغنى والمغنية والنائح والنائحة اذا عرفوا بذلك المازرى وأما الغناء بآلة فان كانت ذات أوتار كالعود والطنبور فممنوع وكذلك المزمار والظاهر عند بعض العلماء ان ذلك يلحق بالمحرمات وان كان محمد أطلق فى سماع العود انه مكروه وقد يريد بذلك التحريم ونص محمد بن عبد الحكم على ان سماع العود ترد به الشهادة قال الا أن يكون ذلك فى عرس أو صنيع ليس معه شراب يسكر فانه لا يمنع من قبول الشهادة قال وان كان ذلك مكروها على كل حال وقد يريد بالكراهة التحريم كما قدمنا انتهى ونقله ابن عرفة أيضا ص ﴿وحياكة﴾ ش قال البرزلى رأيت لبعضهم أن هذه الصناعات ان صنعها تصغيرا لنفسه أو ليدخل السرور بها على الفقراء أو يتصدق بما يأخذ فانها حسنة والا فهى جرحة انتهى ص ﴿وادامة شطرنج﴾ ش قال فى الشامل وادامة

والشعبي والحسن البصري وربيعة وعطاء ومن كتاب ابن سحنون من كان يبيع النرد والزمامير والعيدان والطنابير لم تجز شهادته * ابن عرفة وكذا من يشتغل بطلب علم الكيمياء وأفتى الشيخ الصالح المنتصر بمنع امامته وحدثني شيخي ابن سراج رحمه الله تعالى ان انسانا أخبره انه يحكم علمها قال رحمه الله فقلت له الذي أفتيك به من جهة الفقه انه لا بد ان تبين للذي تشتري منه انها مدبرة اذ لا يحل لأحد أن يكتم أحدا من أمر عرضه ما اذا ذكره كرهه الآخر أو كان ذكره أبخس له وكل الناس يؤثر المعدني على المدبر (وان أعمى في قول أو أصم في فعل) ابن شاس تقبل شهادة الاصم في الافعال

* ابن عرفة هذا نحو نقل المازري عن المذهب يجوز شهادة البصير فيما يصح ان يعلمه البصير ولابن شعبان شهادة الاخرس جائزة اذا عرفت اشارته * ابن عرفة قبول شهادته كصحة عقد نكاحه وثبوت طلاقه وقذفه وكلاهما فيه (ليس بمغفل) ابن عبد الحكم لا تقبل شهادة العدل الغير المأمون على ما يقول وقد يكون عدلا ولا يؤمن ان يغتفل أو يضرب على خطه ويشهد على الرجل ولا يعرفه يتسمى له بغير اسمه فمن كانت هذه حالته فلا تقبل شهادته (الا فيما لا يلبس) المازري اطلاق المتقدمين رد الشهادة بالبله والغفلة قيده بعض المتأخرين بما كثر من الكلام والجمل المتعلق بعضها

شطرنج ولو مرة في العام وقيل أكثر وهل يحرم أو يكره قولان وثالثها ان لعبه محرم مع الاوباش على طريق حرم وفي الخلوة مع نظائره بلا ادمان وترك مهم ولهي عن عبادة جاز وقيل ان ألهى عن الصلاة في وقتها حرم والا جاز انتهى ص ﴿وان أعمى في قول﴾ ش شهادة الاعمى في الأقوال المشهور فيها أنها جائزة وشهادته في غير الاقوال لا تجوز وهذا فيما تحمله بعد العمى وأما ما تحمله من الشهادة في غير الأقوال قبل العمى فظاهر كلام بعض أصحابنا كالمصنف في توضيحه وابن عبد السلام في شرحه وابن فرحون في تبصرته أنها لا تجوز لانهم ينقلون أولا المذهب ثم يقولون وقال الشافعي تجوز فيما تحمله قبل العمى فتخصيصهم التفرقة بين ما تحمله قبل العمى وبين ما تحمله بعده فالشافعي يدل على ان المذهب عدم التفصيل وقال في الجزء الاول من شهادات النوادر وقد قال ابن أبي ليلى وأبو يوسف ما شهد عليه قبل ان يعمى قبلناه قال سحنون ولا فرق بين ذلك لانه حين قبولها أعمى انتهى فظاهر كلام سحنون أن مذهبنا الافرق خلافا لقول ابن أبي ليلى وأبي يوسف فتأمل ذلك وصرح الشيخ سليمان البحيري في شرح الارشاد بانه اذا تحملها قبل العمى انها تقبل منه ونصه عند قول صاحب الارشاد وتقبل من الاعمى فيما لا يشبه عليه من الاقوال قال في شرح العمدة معناه تجوز شهادة الاعمى على الاقوال اذا كان فطنا ولا تشتبه عليه الاصوات ويتيقن المشهود له وعليه فان شك في شيء من ذلك لم تجز شهادته ولا تقبل في المرئيات الا أن يكون قد تحملها بصيرا ثم عمي وهو يتيقن عين المشهود عليه أو يعرفه باسمه ونسبه انتهى وقال ابن حجر في شرح البخاري في كتاب الشهادات مال المصنف يعني البخاري الى اجازة شهادة الاعمى وهو قول الليث سواء علم ذلك قبل العمى أو بعده وفصل الجمهور فأجازوا ما تحمله قبله لا بعده وكذا ما يتنزل فيه منزلة البصير كان يشهده شخص بشيء و يتعلق هو به الى ان يشهد به عليه انتهى ص ﴿ولا متأكد القرب كأب وان علا الخ﴾ ش قال ابن عرفة المازري لا تجوز شهادة الاب وان علا لولده وان سفل كان جدا من قبل الأب أو الأم ولا شهادة بني بنيهم لهم وهو مشهور مذهب مالك والشافعي وذكر بعض متأخري الشافعية عن مالك قبول شهادة الولد لأبيه دون الأب لابنه وهو حكاية مستنكرة عند المالكية وربما كانت وهما من ناقلها انتهى (فرع) قال ابن عرفة ابن سحنون عنه شهادة الولدين ان فلانا شج أباهما وهما مسلمان والأب عبد أو مكاتب مسلما أو نصرانيا ساقطة وكذا لو شهد الأبهما وقد مات نصرانيا بدين على فلان وترك ولدا نصرانيا

ببعض لا في نحو قوله رأيت هذا الشخص قتل هذا الشخص أو سمعته قال هي طالق (ولا متأكد القرب كأب وان علا وأم) ابن عرفة من موانع الشهادة تهمة الحب لاصل أو عارض روى ابن نافع يدخل في قول ابن عمر لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين شهادة الابوين والولد وأحد الزوجين للآخر * المازري لا تجوز شهادة الاب وان علا لولده وان سفل كان جدا من قبل الاب أو الام ولا شهادة بني بنيهم لهم (وزوجهما) ابن الحاجب من الموانع أكيد الشفقة بالنسب كالابوة والبنوة وكذلك الزوجية فيهما (وولد وان سفل) تقدم نص المازري ولولده وان سفل (كبنت الولد) تشمل الذكر والانثى وانما خص البنت توطئة (وزوجهما) اللخمي قال ابن القاسم لا تجوز شهادة الرجل لزوج ابنته ولا لزوجة ولده

وكذا لو شهد أن أباهما العبد جنى على رجل جناية وان سيده باعه أو أعطاه أحدا ابن عبدوس عن سحنون وكذا شهادة ابن الملاعنة لمن نفاه انتهى (فرع) قال فى المدونة ولا تجوز شهادة الابوين أو أحدهما للولد ولا الولد لهما ولا لأحد الزوجين لصاحبه ولا الجد لابن ابنه ولا الرجل لجده ولا يجوز لاحد من هؤلاء شهادة الآخر فى حق أو تزكية أو تجريح من شهد عليه انتهى زاد ابن يونس بعد قوله ولا الرجل لجده من قبل الرجال والنساء كان المشهود له حرا أو عبدا أو مكاتبا انتهى وقال ابن عرفة وفيها لا تجوز لاحد الزوجين على صاحبه زاد ابن سحنون كان المشهود له حرا أو عبدا أو مكاتبا انتهى وهذه العبارة التى قالها لامعنى لها فتأملها ولفظ المدونة ما تقدم (فرع) ولا تجوز شهادة الرجل لزوجة أبيه ولا لزوجة ابنه ولا لابن زوجته ولا لأبيها عند ابن القاسم خلافا لسحنون قاله ابن رشد فى أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات وقال فى رسم جاع من سماع عيسى وأما شهادة الرجل لابن زوج ابنته وأبويه فلا يخالف ابن القاسم سحنون فى جوازها لهم لبعد التهمة وانما يخالفه فيما تقدم انتهى وقال ابن عرفة اللخمى لابن القاسم فى العتبية لا تجوز شهادة الرجل لزوج ابنته ولا لزوجة ولده انتهى وفى النوادر ومن هذه الكتب كلها الا كتاب ابن حبيب قال ابن القاسم ولا تجوز شهادته لزوجة أبيه ولا لزوجته ولا لابن امرأته ولا لوالدها وكذلك المرأة لابن زوجها انتهى واذا كانت شهادته لزوجة أبيه غير جائزة عند ابن القاسم مع بعد التهمة للعداوة التى بينهما فى الغالب فشهادة الرجل لزوج أمه أحرى بعدم الجواز كما دل عليه كلام المصنف وقبله الشارح فانى لم أقف عليه الآن منصوصا بل مقتضى كلام المصنف عدم صحة شهادة الشخص لزوجة جده وزوج جدته وان بعدا وعدم صحة شهادة الشخص لزوجة ابن ابنه وزوجة بنت ابنه وان سفلا ولم أقف على التصريح بجميع ذلك فتأمله والله أعلم ص ﴿ وشهادة ابن مع أب واحدة كـكل عند الآخر على شهادته أو حكمه ﴾ ش هذا قول أصبغ وقال سحنون بجواز الجميع بشرط التبريز كما قاله ابن رشد فى أول سماع ابن القاسم من الشهادات وقال ابن رشد فى اللباب وشهادة الأب مع ولده جائزة على القول المعمول به انتهى وقال ابن فرحون ولو شهد الأب مع ابنه عند الحاكم جازت على القول المعمول به وقال بعض الموثقين شهادتهما بمنزلة شهادة واحدة وفى معين الحكام والقول بانهما بمنزلة شاهدين أعدل ثم قال وتعديل أحدهما الآخر لم يجزه أحد من أصحاب مالك الا ابن الماجشون قال ان لم يكن التعديل نزعه ولم يكن به قام وانما نزعه وقام به احياء شهادته فلا بأس أن يصفه بما تتم به شهادته وفيه بعد قال ابن عرفة وما أدركت قاضيا حفظه الله من تقديم ولده أو قريبه الا قاضيا واحدا جعلنا الله ممن علم الحق وعمل به انتهى ثم قال مسئلة وأما شهادة الاخوين فى شئ فشهادتهما جائزة وليسا كالاب وابنه (تنبيه) قد تلحقهم التهمة فلا تجوز شهادتهما كما لو شهد اخوان ان هذا ابن أخيهما الميت والمشهود له ذو شرف فان النسب لا يثبت بشهادتهما ويثبت للمشهود له المال ان ادعاه والله أعلم (فرع) تنفيذ القاضى حكم والده أو ولده لم أر فيه نصا والظاهر جواز ذلك لان للحاكم أن ينفذ حكم نفسه اذا قامت عليه بينة وان نسيه أو أنكره فكذلك حكم ولده أو والده فتأمله والله أعلم ص ﴿ بخلاف أخ لأخ ان برز ولو بتعديل ﴾ ش ويشترط فيه أن لا يكون فى عياله ويشترط ذلك أيضا فى شهادة المولى لمعتقه والصديق الملاطف والأجير وقد نص على الثلاثة الاول فى كتاب الشهادات من المدونة قال فيها وتجوز شهادة الأخ لأخيه والرجل لمولاه أو لصديقه أو الملاطف الا أن يكون من عياله أحد من

(وشهادة ابن مع أب واحدة لكل عند الآخر أو على شهادته أو حكمه) أنظر مامعنى هذا قال ابن رشد الخلاف فى شهادة الاب عند ابنه والابن عنده وشهادة كل منهما على شهادة صاحبه وشهادة كل منهما على حكم صاحبه وشهادة كل منهما مع صاحبه واحد قيل كل ذلك جائز وهو قول سحنون ومطرف وقيل ذلك غير جائز وهو قول أصبغ وفرق ابن الماجشون وهو تناقض وأما تعديل أحدهما الآخر فلم يجزه أحد من أصحاب مالك الا ابن الماجشون وفى ذلك بعد * ابن عرفة ماأدركت قاضيا حفظه الله من تقديم ولده أو قريبه الا قاضيا واحدا جعلنا الله ممن علم الحق وعمل به ولبعض شيوخ الشورى بقرطبة شهادة الاخوين فى حق واحد لرجل جائزة وليس كالابن مع أبيه (بخلاف أخ لاخ ان برز ولو بتعديل وتؤولت أيضا بخلافه كأجير ومولى وملاطف ومفاوض فى غير مفاوضة وزائد

هؤلاء بمونه فلا تجوز شهادته له وتجوز شهادة الرجل لشريكه المفاوض اذا شهد له فى غير التجارة اذا كان لا يجر لنفسه بذلك شيأ انتهى وقال فى أول الكتاب ولا تجوز شهادة من هو فى عيال الرجل له وكذلك الأخ والأجنبى اذا كانا فى عياله فان لم يكونا فى عياله جازت شهادتهما اذا كانا مبرزين فى العدالة فى الاقوال والتعديل قال فى التنبيهات المبرز بكسر الراء المشددة أى ظاهر العدالة سابقا غيره متقدما وأصله من تبريز الخيل فى السبق وتقدم سابقها وهو المبرز لظهوره وبروزه أمامها انتهى وقال ابن رشد فى أول سماع ابن القاسم من الشهادات يشترط التبريز فى العدالة على مذهب ابن القاسم فيمن سئل فى مرضه شهادة لتنقل عنه فقال لا أعلمها ثم شهد بها واعتذر بانه خشى فى مرضه عدم تثبته فيها ومن زاد فى شهادته أو نقص بعد أدائها وشهادة الاخ لاخيه والاجير لمن استأجره ان لم يكن فى عياله وشهادة المولى لمن أعتقه وشهادة الصديق الملاطف لصديقه وشهادة الشريك المفاوض لشريكه فى غير مال المفاوضة انتهى وسيأتى لفظ السماع فى القولة التى بعد هذه ونقله ابن عرفة فى المانع الثالث وكان المؤلف استغنى عن هذا الشرط بقوله بعد هذا ولا ان جربها فانهم جعلوا من ذلك شهادة المنفق عليه للمنفق فتأمله (تنبيهان * الاول) قال سحنون فى كتاب ابنه معنى ليس الذى فى عياله هو الاجير المشترك مثل الصناع وغيرهم فأما الاجير الذى يصير جميع عمله لمن استأجره وهو فى عياله أو ليس فى عياله قد دفع اليه مؤنته فلا يجوز أن يشهد له وان كان معتزلا عنه انتهى من النوادر ونقله ابن يونس وأبو الحسن وزاد قال اللخمى ظاهر قول ابن القاسم أن المنع اذا كان فى نفقته كانت النفقة بالطوع أو من الاجارة لان المظنة تتعلق بالوجهين جميعا لانه يخشى ان لم يشهد له أن يصرفه وكذلك الاجير المشترك كالطرّاز والقصار لانه يتهم فى شهادته له أن يخصه بأعماله انتهى وأما شهادة السمسار فقال ابن ناجى فى شرح المدونة فى كتاب الاقضية فى شرح قولها ولا تجوز شهادة المعزول على ما حكم به يقوم منه ومما فوقه ومن قولها بعد ولا تجوز شهادة قسام القاضى ان شهادة الخاطب والسمسار لا تجوز وفى ذلك خلاف والفتوى بقبول شهادة الخاطب دون السمسار انتهى لكن قيد فى كتاب الايمان بالطلاق عدم جواز شهادة السمسار بما اذا شهد فيما يتهم فيه ونصه عند قول المدونة وان شهد رجلان على رجل أنه أمرهما أن ينكحاه وأن يبتاعا له بيعا وانهما فعلا ذلك وهو ينكر لم تجز شهادتهما عليه لانهما خصمان قال ابن ناجى مثله فى النكاح الاول حيث لم تجز شهادة الاب فى عقدة النكاح لانه شهد على فعل نفسه ويقوم منهما أن شهادة السمسار لا تجوز وذلك فيما يتهم فيه كما اذا شهد فى عقد البيع وأما حيث لا يتهم فجائزة كما اذا شهد فى الثمن وكانت أجرته لا تختلف سواء باع بقليل أو كثير ونص عليه بذلك الشعبى وأفتى ابن الحاج بجواز شهادته ذكره فيما اذا أنكر المبتاع البيع ويقوم منها أيضا ان شهادة الخاطب لا تجوز وفيها خلاف حكاه صاحب الطراز فى أول الأنكحة فقال لا تجوز شهادة الخاطبين لانهما معا كخصمين وقيل انما ذلك اذا أخذا على ذلك أجرا فان لم يأخذا أجرا جاز وكانت الفتوى تجرى به وسئل عنها ابن رشد فأجاب بجوازها لعدم التهمة وأما شهادة المشرف لمن يشرف عليه فسأل عنها عياض ابن رشد فأفتاه بالجواز وهو واضح لقول أحمد بن نصر وغيره ان تنازع المشرف والوصى عند من يكون المال فانه يكون عند الوصى ويقوم منها ما فى سماع أصبغ من الشهادات فيمن دفع الى رجلين مالا وأمرهما أن يدفعاه الى رجل وأن يشهدا عليه فزعما أنهما فعلا ذلك وأنكر الرجل فقال لا تجوز شهادتهما لانهما

أو منقص وذاكر بعد شك وتزكية) ابن بشير ستة لا يقبل فيها الا العدل المبرز الشهادة للاخ وللمولى وللصديق الملاطف ولشريكه فى غير التجارة واذا زاد فى شهادته أو نقص والتعديل انتهى وقال ابن رشد يشترط التبريز فى العدالة على مذهب ابن القاسم فى شهادة الاخ لاخيه والاجير لمن استأجره ان لم يكن فى عياله وشهادة المولى لمن أعتقه وشهادة الصديق الملاطف لصديقه وشهادة الشريك المفاوض لشريكه فى غير مال المفاوضة وفيمن سئل فى مرضه شهادة لتنقل عنه فقال لا أعلمها ثم شهد بها واعتذر بانه خشى فى مرضه عدم تثبته فيها ومن زاد فى شهادته أو نقص بعد أدائها * ابن عرفة شهادة الاخ لاخيه بالمال قال الباجى ان كان الشاهد فى نفقة المشهود له أو يتكرر عليه معروفه لم تجز شهادته له والا ففيها ثمانية أقوال والذى فى المدونة قال ابن القاسم اذا لم يكن فى عياله وكان مبرزا فى حاله جازت شهادته له فى الاموال والتعديل وكذلك قال ابن

القاسم فى المستخرجة ان الاخ يعدل أخاه * عياض اشترط فى شهادة الاخ أول الكتاب التبريز ولم يشترطه أثناءه فحمله بعضهم على أنه خلاف مرة اشترط التبريز ومرة لم يشترطه وعلى اشتراط التبريز اختصرها الاكثرون وهو الاظهر ويكون مرة بينه ومرة أهمله وقال مالك فى المدونة لا تجوز شهادة من هو فى عيال الرجل للرجل قال ابن القاسم وكذلك شهادة الاجير لمن استأجره اذا كان فى عياله لانه يجر اليه وجره اليه جر الى نفسه فان لم يكن فى عياله جازت شهادته له اذا كان مبرزا فى العدالة وقال مالك فى المدونة أيضا تجوز شهادة المولى لمن أعتقه اذا كان عدلا قال ابن القاسم ما لم يدفع بها عن نفسه شرا أو يجر اليها وقال ابن عرفة شهادة الصديق الملاطف الذى تحت انفاق من شهد له لغو وان لم يكن تحت انفاقه فطريق المازرى مشهور المذهب قبول شهادته لصديقه ان كان ليس فى نفقته ولا يشتمل عليه بره وصلته وقال سحنون لا يجوز فى التزكية فى العلانية الا المبرز الناقد الفطن الذى لا يخدع فى عقله ولا يستذل فى رأيه ومن المدونة قال مالك لا يقبل فى التزكية أقل من رجلين وان ارتضى القاضى رجلا للكشف جاز أن يقبل منه ما نقل اليه من التزكية على رجلين لا أقل من ذلك (وان بحد) المتيطى والتعديل يجوز فى كل شئ فى الدماء وغير ذلك قاله مالك فى المدونة خلافا لأحمد بن عبد الملك (من معروف الا الغريب) من المدونة ان شهد قوم على حق فعدلهم قوم غير معروفين وعدل المعدلين آخرون فان كانت الشهود غرباء جاز ذلك وان كانوا من أهل البلد لم يجز لأن القاضى لا يقبل عدالة على عدالة

يتهمان فى دفع اليمين عنهما انتهى فتحصل من كلامه ان شهادة السمسار جائزة فيما لا يتهم فيه بلا خلاف وفى شهادته فيما يتهم فيه قولان ووقعت الفتوى بكل منهما فتأمله والله أعلم وتقدم الكلام على شهادة الخاطب والقسام والعاقد فى كتاب القسمة (فائدة) وقع فى نوازل البرزلى فى كتاب الاجارة للسماسرة عدة أسماء فسماهم فى بعض المواضع سماسرة وفى بعضها النخاسين وفى بعضها الصاحة وفى بعضها الدلالين وفى بعضها الطوافين وفى بعضها الوكلاء من السماسرة والله أعلم (الثانى) الصديق الملاطف هو المختص بالرجل الذى يلاطف كل واحد منهما صاحبه ومعنى اللطف الاحسان والبر والتكرمة وهو أحد معانى تسميته لطيفا ولو كانت هذه الملاطفة من أحدهما للآخر كانت كمسئلة الاخوين اللذين ينال أحدهما بر الآخر وصلته انتهى من كتاب الاقضية من التنبيهات وقال ابن فرحون فى شرح ابن الحاجب فى كتاب الاقرار والصديق الملاطف هو الذى قيل فيه

ان أخاك الحق من كان معك * ومن يضر نفسه لينفعك
ومن اذا ريب الزمان صدعك * شتت فيك شمله ليجمعك اه

وهذا الذى قاله بعيد وقل أن يوجد أحد بهذه الصفات فالأولى تفسيره بما فى التنبيهات والله أعلم ص ﴿ أو منقص ﴾ ش (مسئلة) واذا نقص الشاهد بعض الشهادة ونسى البعض فيرد الجميع قاله ابن رشد فى نوازل أصبغ من الشهادات فى آخر الكلام على مسئلة من أعتق عبدين فشهدا بعد عتقهما أنه غصبهما من رجل ونصه واذا لم يأت الشاهد بالشهادة على وجهها أو سقط عن حفظه بعضها فانها تسقط كلها باجماع انتهى ص ﴿ وذاكر بعد شك ﴾ ش قال فى أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات اذا سئل الشخص عن شهادة فى مرضه لتنقل عنه أو ليشهد على شهادته تحصينا لها أو سئل عند الحاكم ليشهد بها فأنكرها وقال لا علم عندى منها ثم جاء يشهد فانه يقبل اذا كان مبرزا فى العدالة وأما لو لقيه الذى عليه الحق فقال بلغنى انك تشهد على بكذا فقال لا أشهد عليك بذلك ولا عندى منه علم وان شهدت عليك فشهادتى باطلة لم يقدح فى شهادته ولا يضرها وان أقام على قوله بينة قال ذلك ابن حبيب فى الواضحة وهل يحمل على التفسير لقول

(فأشهدانه عدل رضا) من المدونة لايجزى فى التعديل الا القول بانهم عدول مرضيون (من فطن عارف لايخدع) تقدم نص سحنون بهذا (معتمد على طول عشرة) سحنون لايزكى الامن خالطه فى الاخذ والاعطاء وطالت صحبته اياه فى السفر والحضر * اللخمى ولايقبل التعديل بيسير المخالطة (لاسماع) ابن الحاجب وجه التعديل هوأن يعرف عدالته بطول الصحبة والمعاشرة لابالتسامع (من سوقه أومحلته الالتعذر) اللخمى لايقبل تعديله من غيرسوقه ومحلته فان وقف أهل سوقه ومحلته عن تعديله فذلك ريبة فان لم يكن فيهم عدل قبل من سائر بلده * المتيطى لايزكى الشاهد الاأهل مسجده وسوقه وجيرانه رواه أشهب وقال مطرف وابن الماجشون ولايزكى الشاهد من شهد معه أونقل معه شهادة فى ذلك الحق (ووجبت ان تعين كجرح ان بطل حق) ابن يونس قال ابن المواز يجوز أن يزكى الرجل اذا كان عنده عدلا وكذلك فى تجريحه من هو عنده غير عدل لأن فى ذلك احياء للحق فلايسعه ترك ذلك (كجرح) وسيأتى عند قوله كالزنا أن الشهادة تجب بالتجريح (وندب تزكية سرمعها) سمع القرينان أترى المسئلة عن الشهود سرا قال نعم وهو تعديل السر ينبغى للقاضى فعله ولا يكتفى بتعديل العلانية دونه ويكتفى بتعديل السر دون تعديل العلانية حكى هذا ابن حبيب عن أصبغ والاخوين ومعناه فى الاختيار لاعلى اللزوم على مافى المدونة وغيرها (من متعدد) ابن رشد تعديل السر يفترق من العلانية أنه لااعذار فيه وفى انه يجزى فيه الشاهد الواحد بخلاف العلانية فى الوجهين وقدتقدم قول المدونة ان نقل تزكية السر تكون عن رجلين فانظره مع هذا (وان لم يعرف الاسم) سحنون من عدل رجلا لم يعرف اسمه قبل تعديله (أولم يذكر السبب) ابن الحاجب لايجب ذكر سبب التعديل * ابن المواز التزكية جائزة من غيرتفسير وروى ابن وهب قوله لاأعلم الاخيرا لغو ابن عرفة ومثله لابأس به (بخلاف الجرح) اللخمى فى قبول التجريح اجمالا على أربعة أقوال قيل يقبل وقيل لا وقال الاخوان يقبل ممن يعرف وجه التجريح كان المجرح ظاهر العدالة أم لا وقال أشهب لايقبل فى مشهور العدالة الامفسرا المازرى أكد الشافعى فى وجوب الكشف فى الجرح لان شاهدا جرح شاهدا فسئل عن جرحته فقال رأيته يبول قائما فقيل له واذا بال قائما ماذا يكون قال يتطاير عليه البول فقيل له هل رأيته صلى بعد ذلك قال لافظهر غلطه (وهو المقدم) ابن عرفة ان اجتمع تعديل وتجريح فطرق روى ابن نافع عن مالك

مالك هذا انتهى وفيه أما اذا قال الشاهد بعد شهادته للمشهود عليه ان كنت شهدت عليك بذلك فانا مبطل فانه رجوع عن الشهادة وذكر فيه ابن رشد خلافا (فرع) قال فى الطراز فى الذى يسئل الشهادة فيقول هى اليوم عندى ألف سنة قال بعضهم هو جاهل ولاتسقط شهادته لانه محمول على المبالغة وقد قال عليه الصلاة والسلام لايضع عصاه عن عاتقه (فرع) قال ابن رشد فى مسائل الشهادات فى نوازله فى رجل شهد لرجل شهادة فقال المشهود عليه للمشهود له مابال هذا الشاهد لم يؤدلك هذه الشهادة منذ كذا وكذا فقال له المشهود له انه لتحريه وتوسوسه توقف وتثبت حتى جاء بنص كلامك مخافة أن يزيد عليك فيه شيأ لم تقله فزعم المشهود عليه أن قول المشهود له المنصوص فوق هذا مسقط لشهادة الشاهد لما فيه من ذكر الوسوسة فاجاب ان ذلك لايبطل شهادة الشاهد لانه انما وصفه بالتحرى والتثبت انتهى مختصرا ص ﴿فأشهدانه عدل رضا﴾ ش (فرع) ذكر الدمامينى فى حاشية البخارى فى كتاب الشهادات فى قوله لانعلم الاخيرا ان هذا اللفظ لايفيد التزكية وانما يكتب فى التبرئة من التهم فيقولون فى عقد التبرئة لايعلم شهوده على فلان الاخيرا ولا بد فى هذه الشهادة من خبرته ومباطنته وكذلك قوله لاأعلم له وارثا وقوله لاأعلم له مالا انتهى ص ﴿كجرح ان بطل حق﴾ ش وعكس هذه المسئلة ان شهد الشاهد بحق وأنت تعلم جرحته فهل يجوز لك أن تجرحه ذكر فيه ابن رشد فى سماع ابن القاسم فى رسم الشجرة وفى سماع عيسى وفى سماع سحنون قولين ورجح انه لايشهد بجرحته ص ﴿بخلاف الجرح﴾ ش (مسئلة) اذا قال أحد المجرحين فى أحد الشاهدين هو كذاب وقال الآخر فيه هو آكل ربى فليس بتجريح حتى يجتمعا على شئ واحد وان قال أحدهما هو خائن وقال الآخر يأكل أموال اليتامى فذلك تجريح لانه معنى واحد وقال أيضا اذا جرحه أحدهما بمعنى وجرحه الآخر بمعنى آخر فذلك تجريح لانهما قد اتفقا على انه رجل سوء قال ابن حبيب وسألته قبل ذلك عن تجريحهما اياه بانه رجل غير مقبول الشهادة وقال لايسمى بالجرحة فقال هى جرحة ولا يكشف عن أكثر من هذا انتهى من ابن سهل ص ﴿وهو المقدم﴾ ش قال فى النوادر قال محمد بن عبد الحكم واذا عدل الشهود عنده ثم أتى من

فى الشاهد يعدله رجلان ويأتى المطلوب برجلين فيجرحانه فقال مالك ينظر الى الاعدل من الشهود فيؤخذ به وقال ابن نافع المجرحان أولى لانهما زادا وسقط التعديل وقاله ابن أبي حازم وسحنون وقال لو عدله أربعة وجرحه اثنان والاربعة أعدل أخذت بشهادة المجرحين لانهما علما مالم يعلمه الآخرون (وان شهد ثانيا وفى الاكتفاء بالتزكية الأولى تردد) ابن رشد المجهول الحال اذا عدل مرة فى أمر ثم شهد ثانية فقال سحنون يطلب تعديله كلما شهد حتى يكثر تعديله ويشتهر مطلقا وقال ابن القاسم يكتفى بالتعديل الاول حتى يطول سنة فلو طلب تعديله بالقرب على قول سحنون أو بالبعد على قول ابن القاسم فعجز عن ذلك لفقد من عدله أولا وجب قبول شهادته لان طلب تعديله ثانية انما هو استحسان * ابن عرفة العمل قديما وحديثا على قول سحنون

(و بخلافهما لأحد ولديه على الآخر أو أبويه ان لم يظهر ميل له) سمع عيسى ابن القاسم لاتجوز شهادة الأب لابنه الصغير أو السفيه على كبير لتهمته بالجر لنفسه لمكان الذى فى حجره وولايته وان شهد لكبير على صغير أو لكبير على كبير جازت ان كان عدلا الا أن يكون المشهود له ممن يتهم عليه الانقطاع عنه اليه والاثرة له على غيره وليس بمنزلته أو عرف جفوته للمشهود عليه دون الآخر فلا يجوز لسحنون عن ابن القاسم مثله * ابن رشد فى شهادة الولد لأحد أبويه تفصيل وقال ابن يونس قال مالك فى الابن يشهد لأحد أبويه على الآخر لا تجوز الا أن يكون مبرزا أو يكون ماشهد به يسيرا * ابن رشد وشهادة الابن على أبيه بطلاقه أو شهادته عليه بطلاق أمه جائزة الا أن تكون هى طالبة للطلاق و بطلاق غير أمه جائزة ان كانت أمه ميتة وغير جائزة ان كانت حية فى عصمته الا أن تكون المرأة هى الطالبة للطلاق (ولا عدو على عدو) ابن عرفة عداوة الشاهد للمشهود عليه معتبرة فى المانعية اتفاقا وفى نوازل سحنون ان كانت العداوة بين الشاهد والمشهود عليه فى أمر الدنيا فى الأموال والمواريث والتجارة ونحوها سقطت شهادته عليه وان كانت غضبا لله لفسقه وجراءته على الله لا لغير ذلك لم تسقط * ابن رشد هذا مفسر لجميع الروايات (ولو على ابنه) ابن رشد شهادته على ابن عدوه أو أبيه بقتل أو حد ساقطة وفى المال والجراح ثالثها فى الجراح * ابن الحاجب شهادة العدو على ابن عدوه بمال ومالا تلحق الأب منه معرة قال ابن القاسم لاتجوز (أو مسلم وكافر) عياض قوله فى آثار الكتاب تجوز شهادة المسلمين على الكفار هذا مما لا يختلف فيه وعداوة الدين غير معتبرة لانها عامة غير خاصة وانما تعتبر العداوة الخاصة واختلف اذا طرأت بين المسلم والكافر عداوة حديثة فى بعض الأمور فاعتبرها بعضهم ولم يجز الشهادة وهذا الصحيح لانه أمر خاص

بجرحهم فانه يسمع الجرحة فيهم أبدا مالم يحكم فاذا حكم لم ينظر فى حالهم بجرحة ولا بعدالة فى ذلك الحكم انتهى من كتاب الاقضية الثانى وآخر ترجمة المحكوم عليه يجد بعد الحكم بينة أو منفعة من تجريح أو غيره وقال فى الطرر فى ترجمة وثيقة بتجريح عداوة ولابن الماجشون ان جرح رجلان عدلا ثم جاء المجرح بمن يعدله لم نقبله ولو بألف عدل وقاله أصبغ من رواية أبى زيد عنهما انتهى والظاهر ان هذا على سبيل المبالغة ص * و بخلافهما لأحد ولديه على الآخر أو أبويه ان لم يظهر ميل له * ش هذا مخرج أيضا من عدم قبول شهادة متأكد القرابة فهو معطوف على خلاف من قوله بخلاف أخ لأخ وأعاد العامل لطول الفصل والضمير فى بخلافهما عائد الى الشهادة والمعنى أن شهادة الوالد أو الوالدة لأحد ولديه على الآخر جائزة ان لم يظهر ميل للمشهود له وكذلك شهادة الولد ذكرا كان أو أنثى لأحد أبويه على الآخر جائزة ان لم يظهر ميل للمشهود له فقوله ان لم يظهر ميل قيد فى المسئلتين ومفهوم الشرط انه ان ظهر ميل للمشهود له لم تجز الشهادة اتفاقا وأما ان لم يظهر ميل فالذى رجحه ابن محرز واللخمى ومشى عليه المصنف وهو قول ابن القاسم قبول الشهادة لان الشاهد استوت حاله فيمن شهد له وعليه فصار كمن شهد لاجنبى وقال سحنون لاتجوز شهادة الأب لابنه على كل حال واشترط بعضهم فى قبول هذه الشهادة التبرز ولم يذكره المصنف فان ظهر الميل للمشهود عليه قال ابن الحاجب فأولى بالجواز قال فى التوضيح يريد على القول بالجواز ولا يريد أنه يتفق على الجواز لان سحنونا يمنع وان شهد للاكبر على الأصغر والرشد على السفيه وللعاق على البار وكانه رآه حكما غير معلل وان المنع فى ذلك للسنة انتهى وقال فى الشامل وان ظهر ميل للمشهود عليه جازت على المشهور انتهى (فرع) قال فى التوضيح قال ابن رشد وان شهد لأبيه على ولده أو لولده وليس فى حجره فيخرج على الخلاف فى شهادته لأحد أبويه على الآخر ولو شهد لأبيه على جده أو لولده على ولد ولده لا نبغى أن لا تجوز اتفاقا ولو كان على العكس لانبغى أن تجوز اتفاقا انتهى ص * ولا عدو ولو على ابنه * ش يريد اذا كانت العداوة بينه قال فى التوضيح (فان قلت) ما أفاده قوله يعنى ابن الحاجب

(وليخبر بها) سمع ابن القاسم من شهد على رجل بينه وبينه عداوة فاحتاج أهل الشهادة اليها فليشهد عليه وليخبر مع شهادته بعداوته اياه ولا يكتم * ابن رشد مثل هذا فى سماع عيسى خلاف سماع سحنون ونوازله وأصح القولين انه لا يخبر بعداوته لانه يبطل بذلك حقا يعلم صحته انتهى أنظر هذا مع ما تقدم عند قوله وغرم شهود علموا أنظر ان كانت الشهادة له وعليه قال ابن القاسم تسقط فيهما قال ابن رشد وهذا على المشهور فى بطلان كل الشهادة ببطلان بعضها للتهمة خلافا لأصبغ انه يجوز منها مالا تهمة فيه (كقوله بعدها تهمنى وتشبهنى بالمجنون مخاصما لا شاكيا) من نوازل أصبغ من شهد لأحد رجلين على الآخر والمشهود عليه قائم يسمع فلما فرغ من شهادته تحول للمشهود عليه فقال له والقاضى يسمع أنت تشتمنى وتشبهنى بالمجانين لم يطرح ذلك شهادته الا بعداوة قديمة ابن رشد له فى الثمانية ان قال على وجه الشكوى والاستنهاء من الاذى لا على وجه طلب الخصومة ولا يسمى الشتمة فلا أراه شيأ وان سمى الشتمة وهى مما فى مثلها الخصومة ان كان ذلك منه على وجه الطلب لخصومته وان لم يسم الشتمة فشهادته باطلة وهو مفسر لقوله هنا وقال ابن الماجشون تبطل شهادته مطلقا * ابن رشد وهو الصواب لانه قد أخبر انه عدوه انتهى ونحو هذا اختار اللخمى قال وطرح هذه الشهادة أحسن الا أن يكون مبرزا قال واختلف فيمن عنده شهادة على رجل ثم عاداه وقبولها هنا أحق اذا كانت قيدت قبل العداوة (واعتمد فى اعساره بصحبة وقرينة صبر ضر كضرر الزوجين) ابن عرفة فى شرط شهادة غير السماع بقطع الشاهد بالعلم بالمشهود فيه مطلقا وصحتها بالظن القوى فيما يعسر العلم به عادة طريقان * الأولى للمقدمات قائلا العلم يحصل بمجرد العقل وبالعقل مع أحد الحواس الخمس وبالخبر المتواتر ومنه نظره كشهادة خزيمة بشراء رسول الله صلى الله عليه وسلم الفرس وكذا الشهادة بما علم من الاخبار المتواترة جائزة كالولاء والموت وضرر الزوجين اذا

عكس القرابة قيل فائدتين الاولى تقييد العداوة بالبينة كما قيد فى القرابة تأكيد الشفقة قال ابن كنانة فى المجموعة ان كانت الهجرة فى أمر خفيف فشهادة أحدهما تقبل على الآخر وأما المهاجرة الطويلة والعداوة البينة فلا تقبل انتهى ونقله ابن عرفة عن المازرى ونصه المازرى قال ابن كنانة ان كانت العداوة خفية على أمر خفيف لم تبطل الشهادة (تنبيه) والعداوة المانعة هى العداوة بسبب أمر دنيوى قال ابن الحاجب وشرطها أن تكون عن أمر دنيوى من مال أو جاه أو منصب أو خصام وان كان أصله دنيا يتشوف به عادة الى أذى يصيبه وقوله ولو على ابنه مثله أبوه كما صرح به فى البيان وكذا أمه نقله ابن عرفة عن الشيخ وتجوز على عدو أخيه فى المال نقله فى رسم باع من سماع عيسى من كتاب الشهادات (فرع) وتجوز على صبى أو سفيه فى ولاية عدوه على الأصح (فرع) من كان بينهما عداوة معلومة ثم اصطلحا جازت شهادة كل منهما على صاحبه اذا طال الامر واستحق الصلح وظهرت براءتهما من دخل العداوة لانه يتهم اذا شهد بقرب صلحه انه انما صالحه ليشهد عليه قاله فى سماع أشهب ونقله ابن عرفة وقال فى المسائل الملقوطة مسئلة قوم بينهم فتنة أو بين آبائهم وأجدادهم ثم اصطلحوا فلا يشهد بعضهم على بعض حتى ينقضى القرن الذين شاهدوا الفتنة قاله مالك فى أسئلة محمد بن سالم وفى النوادر ومثله لابن العربى فى الأحكام واستدل بقوله تعالى قد بدت البغضاء من أفواههم وما تخفى صدورهم أكبر من الأحكام من مسائل الحكام انتهى ص * وليخبر بها * ش أى بالعداوة والمسئلة فى رسم الشجرة من سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات وفى النوادر ورجح ابن رشد القول بانه لا يخبر بها وانظر اذا كان الشاهد يعلم من نفسه الجرحة والظاهر أنه لا يجوز له أن يذكر ذلك وتقدم فى باب الصوم أن مرجوّ الشهادة له أن يشهد وان علم من نفسه الجرحة وانظر أول رسم من سماع عيسى وسماع سحنون ونوازله والنوادر والله أعلم (مسئلة) الشاهد يشهد بما لا يرى جوازه ذكرها فى الواضحة ونقلها ابن فرحون فى الفصل الثامن فى تنبيه القاضى على أمور عند أداء الشهادة ونصه وفى مختصر الواضحة فيمن عنده شهادة على شئ لا يعتقد جوازه قال ابن عبدوس سألت سحنونا عن الرجل تكون عنده الشهادة وهو ممن لا تجوز عنده والقاضى ممن يرى اجازتها أترى على الشاهد أن يؤديها الى القاضى قال كيف هذه الشهادة (قلت) مثل أن يشهد على صداق معجل فى نكاح ومعه مؤجل لم يضرب له أجل فقال ما أرى أن يشهد فان جهل الشاهد فينبغى للقاضى أن ينهه على أنه لا ينبغى له أن يشهد فى ذلك انتهى ص * واعتمد فى اعسار بصحبة وقرينة صبر ضر كضرر أحد الزوجين * ش يعنى أن الشاهد فى الاعسار وما أشبهه كالتعديل وضرر الزوجين يجوز له

حصل العلم بهذه الأمور والقطع بها * الطريقة الثانية للمازرى قال فى قبول شهادة الشاهدين بزوجية رجل امرأة برؤيته حوزه اياها حوز الأزواج زوجاتهم وان لم يولد حين التزويج

هذا نوع خارج عن شهادة السماع وانما يطلب فيه

أن يعتمد فيما يشهد به على الظن القوى لانه المقدور على تحصيله غالبا ولو لم يحكم بمقتضاه لزم تعطيل الحكم فى التعديل والاعسار فيعتمد فى الاعسار على الصحبة وصبره على الضرر كالجوع ونحوه مما لا يكون الامع الفقر فالباء فى قوله بصحبته بمعنى على كقوله تعالى من ان تأمنه بقنطار بدليل قوله تعالى هل آمنكم عليه وقوله تعالى واذا مروا بهم يتغامزون بدليل وانكم لتمرون عليهم مصبحين (مسئلة) لا يكلف الشهود من أين علموا ماشهدوا به قال ابن سهل فى كتاب الأقضية فصل اذا شهدوا انه كفء لليتيمة قال ابن لبابة الشهادة تامة وليس على القاضى أن يسئلهم من أين علموا ذلك انتهى وقال فى كتاب الشهادات قال محمد بن عبد الحكم واذا شهد شاهدان لفلان على فلان مائة دينار ولم يقولا أقر بذلك فلا تجوز شهادتهما لانهما حاكيان حتى يبينا ذلك فيقولان أقر عندنا أو أسلفه انتهى ونقل ابن فرحون عن معين الحكام ان ظاهر كلام ابن الحارث خلاف ذلك ونصه فى معين الحكام قال محمد بن حارث اذا لم يبين الشهود وجه الحق الذى شهدوا فيه ولا فسروه فليس ذلك بشئ حتى يبينوا أصل الشهادة وكيف كانت فيقولون أسلفه بحضرنا أو باقراره عندنا وفى أحكام ابن سهل قال محمد بن عبد الحكم وذكر كلامه المتقدم ثم قال بعده (تنبيه) وفى معين الحكام قال بعض المتأخرين ظاهر هذا انه اذا أقر عندهما بالدين مجملا ولم يذكر المقر وجهه وشهدوا به انه يؤخذ بذلك وظاهر ماقاله ابن حارث فى هذه المسئلة خلاف هذا حتى يشهد باقراره بالسلف أو المعاملة انتهى ص ﴿ فيما رد فيه لفسق ﴾ ش وكذلك جميع موانع الشهادة قال ابن عرفة قال المازرى والشيخ لابن سحنون عن أبيه أجمع أصحابنا على أن الشهادة اذا ردت لظنة أو تهمة أو لمانع من قبولها ثم زالت التهمة أو الوجه المانع من قبولها انها اذا أعيدت لم تقبل انتهى ونقله ابن عبد السلام واحترز بقوله فيما رد فيه عما لو أدى الشهادة ولم ترد حتى زال المانع فانها تقبل لكن بشرط اعادتها بعد زوال المانع قال فى التوضيح وكذلك لو قال القائم بشهادته للقاضى عندى فلان العبد أو الصغير أو النصرانى فقال القاضى لا أجيز شهادة هؤلاء فان هذا ليس ردا لشهادتهم وتقبل شهادتهم بعد ذلك لان كلامه انما هو فتوى قاله غير واحد ونقله فى الشامل ص ﴿ أو على التأسى ﴾ ش يعنى أنه يتهم فى أن يجعل غيره مثله لان المصيبة اذا عمت هانت واذا ندرت هالت ولهذا قال عثمان رضى الله عنه ودت الزانية ان النساء كلهن يزنين انتهى من التوضيح ص ﴿ كشهادة ولد الزنا ﴾ ش قال ابن عبد السلام لما كان هذا الوصف لازما له لا ينفك عنه فى طاعة ولا فسق اتفق المذهب على رد شهادته فى ذلك انتهى وتبع فى الاتفاق ابن الحاجب وهذه طريقة المازرى قال ابن عرفة وفى ولد الزنا طريقان المازرى لم يختلف المذهب فى رد شهادته فى الزنا وقبولها فيما سوى ذلك مما لا تعلق له بالزنى ثم ذكر الطريق الثانية وعزاها لابن رشد ونصه شهادة ولد الزنا فى الزنا وفى نفى الرجل عن أبيه جارية على الخلاف فيمن حدّ فى شئ هل تجوز شهادته فيه أم لا والمشهور من قول ابن القاسم انها مردودة انتهى قال فى التوضيح فى هذا المحل قال مطرف وابن الماجشون وكذلك لا تقبل فيما يتعلق بالزنا كاللعان والقذف والمنبوذ انتهى ص ﴿ أو من حد فيما حد فيه ﴾ ش هذا هو المشهور وصرح بمشهوريته ابن عبد السلام فى الاستذكار نقله

الظن القوى المزاحم للعلم اليقينى بقرائن الاحوال كالشهادة التفقير وعلى هذه الطريقة قال ابن الحاجب تابعا لابن شاس ويعتمد على القرائن المغلبة للظن فى التعديل وفى الاعسار وضرر أحد الزوجين راجع ابن عرفة فقد رد الطريقتين الى طريقة واحدة قال ولو صرح فى أداء شهادته بالظن لم تقبل يعنى على كلا الطريقتين (ولا ان حرص على ازالة نقص فيما رد فيه بفسق أو صبا أو رق أو كفر أو على التأسى كشهادة ولد الزنا فيه) ابن عرفة من موانع الشهادة التهمة على ازالة نقص عرض أو تخفيف معرة بمشارك فيها من الورثة من المدونة ان شهد صبى أو عبد أو نصرانى الى قاض فردها لموانعهم لم تجز بعد زوالها أبدا * أشهب من قال لقاض يشهد لى فلان العبد أو النصرانى أو فلان الصبى فقال لا أقبل شهادتهم ثم زالت موانعهم قبلت شهادتهم لان قوله ذلك فتيا لارد وقال المازرى لم يختلف المذهب فى رد شهادة ولد الزنا فى الزنا وقبولها فيما سوى ذلك مما لا تعلق له بالزنا (أو من حد فيما حد فيه) ابن عرفة كل من حد فى قذف أو غيره وتاب جازت شهادته فى

فى التوضيح وابن عرفة فعزو تشهيره لابن رشد قصور وقال ابن عرفة الشيخ عن الاخوين المحدود فى الزنا يتوب شهادته جائزة فى كل شئ الا فى الزنا والقذف واللعان وكذلك المنبوذ لا تجوز شهادته فى شئ من وجوه الزنا لا القذف ولا غيره وان كان عدلا وفى نوازل سحنون من اقتص منه فى جناية لم تجز شهادته فى مثل الجرح الذى اقتص منه ابن رشد هذا شذوذ أغرق فيه فى القياس (قلت) للشيخ عن الواضحة قال الاخوان من قتل عمدا فعفى عنه ثم حسنت حالته جازت شهادته الا فى القتل وفى كتاب ابن سحنون قيل لابن كنانة من ضربه الامام نكالا أينتظر فى قبول شهادته توبته قال ليس ما ينكل به سواء نكل ناس بالمدينة لهم حال حسنة لشئ أسرعوا فيه الى ناس وشهادتهم فى ذلك تقبل ليس لأحد فيهم مغمز ومن ليس بحسن الحال الا أن شهادته تقبل وليس بمشهور العدالة يأتى بما فيه النكال الشديد فلينظر فى هذا وانما يعرف هذا عند نزوله وأما الشتم ونحوه وهو فى غير ذلك يعرف بالصلاح فلا ترد شهادته انتهى والله أعلم ص ﴿ كمخاصمة مشهود عليه مطلقا ﴾ ش أى فى حق الله أو فى حق الآدمى أما فى حق الله كما لو تعلق أربعة برجل ورفعوه للقاضى وشهدوا عليه بالزنا وأما فى حق الآدمى فقال ابن عرفة وقول ابن الحاجب وفى القبول كمخاصمة المشهود عليه فى حق الآدمى ان أراد بتوكيل من المشهود له فهو نقل الباجى عن ابن وهب الوكيل على خصومة لا تجوز شهادته فيما يخاصم فيه والا فهو أحرى فى عدم القبول انتهى والظاهر أنه كذلك اذا خاصم بغير وكالة بل هو أظهر (فرع) قال فى النوادر فى الجزء الثانى من كتاب الشهادات فى الترجمة التى قبل ترجمة الرجل يشهد لنفسه ولغيره ومن كتاب ابن المواز من وكل رجلا على طلب فى حق ثم عزله وتولى الطلب بنفسه فشهادة الوكيل له جائزة انتهى (تنبيهات * الأول) ظاهر كلامه ان المخاصمة فى حق الله تعالى مبطلة مطلقا سواء كان مما يستدام فيه التحريم أولا وهو كذلك على ما قال بعض المتأخرين انه مذهب ابن القاسم خلاف مذهب مطرف وابن الماجشون وعند ابن رشد أن المخاصمة انما تبطل مالا يستدام فيه التحريم وأما ما يستدام فيه التحريم فلا تبطله المخاصمة كما يأتى فى كلامه وظاهر كلام المازرى فيما حكى عنه ابن عرفة الاطلاق ككلام المؤلف (الثانى) ظاهر كلامه أيضا ان المخاصمة مطلقا فى حقه تعالى مبطلة ولو كان القائم فيها من أصحاب الشرط الموكلين بتغيير المنكر وليس كذلك بل هو مقيد بغيرهم كما سيأتى فى كلام ابن رشد ونصه قال فى رسم أوصى من سماع عيسى من كتاب الشهادات وقال ابن القاسم فى صاحب السوق أخذ سكرانا فسجنه وشهد عليه وآخر معه فقال لا أرى أن تجوز شهادته لانه قد صار خصما حين سجنه ولو رفعه الى غيره قبل أن يسجنه وشهد مع الرجل جازت شهادته عليه قال محمد بن رشد انما جازت شهادته عليه وان أخذه فرفعه مالم يسجنه لان ما فعل من أخذه ورفعه لازم له من أجل أنه موكل بالمصلحة ولو لم يكن صاحب السوق موكلا بالمصلحة فأخذ سكرانا فرفعه الى غيره لم تجز شهادته عليه على ما قال فى المسئلة بعدها وبالله التوفيق (مسئلة) وقال ابن القاسم فى أربعة نفر شهدوا على رجل بالزنا فتعلقوا به فأتوا به الى السلطان وشهدوا عليه قال لا أرى أن تجوز شهادتهم وأراهم قذفة ورواها أصبغ فى كتاب الحدود وقال محمد بن رشد انما لم تجز شهادتهم لان ما فعلوا من أخذه وتعلقهم به ورفعهم اياه الى السلطان لا يلزمهم ولا يجب عليهم بل هو مكروه لهم لان الانسان مأمور بالستر على نفسه وغيره قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أصاب من هذه القاذورات شيأ فليستتر بستر الله فانه من يبد لنا صفحته نقم عليه كتاب الله وقال لهزال ياهزال

لو ستره بردائك لكان خيرا لك فلما فعلوا ذلك صاروا ظالمين له ومدعين الزنا عليه وقذفة له فوجب عليهم الحد له الا أن يأتوا بأربعة شهداء سواهم على معاينة الفعل كالمرود فى المكحلة ولو كانوا أصحاب شرطة موكلين بتغيير المنكر ورفعه أو أحدهم فأخذوه أو أخذه فجاؤا به فشهدوا عليه لقبلت شهادتهم لانهم فعلوا فى أخذه ورفعه مايلزمهم على قياس قوله فى المسئلة التى قبلها وفى الواضحة لمطرف وابن الماجشون وأصبغ انه اذا شهد أربعة بالزنا على رجل جازت شهادتهم وان كانوا هم القائمين بذلك مجتمعين جاؤا أو مفترقين اذا كان افتراقهم قريبا بعضه من بعض ووجه ذلك أنه لما كان مافعلوا من قيامهم عليه مباحا لهم وان كان الستر أفضل لم يكونوا خصماء اذلم يقوموا لأنفسهم وانما قاموا لله وقد مضى هذا الاختلاف مجردا عن التوجيه فى أول رسم من هذا السماع ولو كانت الشهادة فيما يستدام فيه التحريم من حقوق الله كالطلاق والعتاق لجازت شهادتهما فى ذلك وان كانا هما القائمين بذلك لان القيام بذلك متعين عليهما وقد قال بعض المتأخرين ان ذلك لا يجوز على مذهب ابن القاسم وقوله فى هذه المسئلة خلافا لمطرف وابن الماجشون ووجه ذلك أن كل من قام فى حق يريد اتمامه فهو يتهم أن يزيد فى شهادته ليتم ماقام فيه وهو عندى بعيد انتهى وكررها فى سماع أصبغ من كتاب الحدود والقذف وذكر ابن رشد كلامه عليها بالحرف وأشار الى أنه قدمه غير انه زاد بعد قوله فى آخر الشرح وابن الماجشون لفظ وأصبغ وهو ظاهر وقال بعده ووجه ذلك بأن كل من قام الى آخر ماتقدم بجعل وجه فعل ماضيا مسندا الى ضمير بعض المتأخرين كذا رأيته هنالك مضبوطا بالقلم ويدل عليه قوله بان بادخال الباء على أن بخلاف مافى هذا المحل فانه وجه فيه مصدر مما يظهر ويدل عليه ادخال اللام على ان والظاهر مافى الحدود فلعل ماهنا تصحيف من الناسخ والله أعلم وفى تعليله شئ فانه فى أول الكلام جعل فعلهم من الرفع وعدم الستر مكروها ثم جعله مباحا والمباح مباين للمكروه ولعله أراد الجائز فانه يطلق على مايشمل المكروه والمباح والمندوب والواجب كما تقدم أول الكتاب عن القرافى قال ابن عرفة بعد أن ذكر كلام ابن رشد المتقدم فى الكلام على العداوة (قلت) فشهادة من رفع من شهد عليه لانه مولى على ذلك مقبولة وفى غير المولى ثالثها ان كان فيما يستدام فيه التحريم الاول للأخوين الثانى لبعض المتأخرين على قياس قول ابن القاسم فيما لا يستدام تحريمه الثالث لابن رشد محتجا بان القيام به متعين انتهى وقال ابن عرفة فى هذا المحل قال المازرى واختلف اذا قام الشهود وخاصموا فى حقوق الله فأسقط ابن القاسم شهادتهم لان خصامهم علم على شدة الحرص على انفاذ شهادتهم والحكم بها وشدة الحرص قد تحمل على تحريفها أو زيادة فيها قال مطرف شهادتهم تلزمه لانه فى أمور الآخرة وقد قدمنا ان العداوة فى حق الله لا تؤثر فى الشهادة وذكر الباجى فى قول محمد لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين من قام يطلب حق الله لم تقبل شهادته فيه قال ابن القاسم فى العتبية وقال مطرف شهادته جائزة انتهى (قلت) ونحوه لابن رشد وتقدم ذكر كلامه فى ذكر الخصومة بجعل المازرى المانع حرصه على القبول خلاف كونه الخصومة انتهى وقال ابن فرحون فى الفصل الثالث من القسم الرابع من الركن السادس من الباب الخامس من القسم الاول من كانت عنده شهادة فلا يحل له أن يكتمها ويلزمه اذا دعى أن يقوم بها وان لم يدع فهو على وجهين اما أن يكون حقا لله واما أن يكون حقا لآدمى فالاول على قسمين مالا يستدام فيه على التحريم ومايستدام فيه فالاول كالزنا والشرب وشبهه فلا يضر ترك اخباره بالشهادة

غير ماحد فيه وقاله ابن حارث فى القاذف اتفاقا وروى ابن نافع وابن عبد الحكم انها أيضا تصح فيما حد فيه قذف أو غيره وقاله ابن كنانة وأصبغ وهو ظاهر كتاب الديات من المدونة وروى الاخوان وأصبغ لا تصح قال أبو عمر وهذا هو المشهور (ولا ان حرص على القبول كمخاصمة مشهود عليه مطلقا

لان ذلك ستر عليه وأشار ابن رشد الى ان هذا فى حق من يندر منه وأما من كثر منه فينبغى أن يشهد عليه وان علم الامام بذلك فقد قال ابن القاسم فى المجموعة يكتمونه الشهادة ولا يشهدوا بذلك الا فى تجريح ان شهد على أحد (والثانى) كالعتق والطلاق والخلع والرضاع والعفو عن القصاص وتملك الاحباس والقناطر وشبهه فيلزمه أن يخبر بشهادته ويقوم بها عند الحاكم فان لم يخبر بشهادته سقطت لان سكوته عن ذلك جرحة الا أن يثبت ان لهم عذرا فى عدم القيام قال ابن عبد السلام وظاهر كلام ابن رشد اختلف فى تجريح الشاهد بذلك واختلف فى بطلان شهادته بالسكوت فان كان المنكر هو القائم عليه وهو القائم بالشهادة فاختلف هل تقبل شهادته أم لا وذهب ابن القاسم الى أنه لا تجوز شهادته اذا كان هو القائم بها وذهب مطرف وابن الماجشون وأصبغ الى أن شهادته جائزة وكذلك الحكم لو كانوا جماعة هم القائمون عليه وهم الشهود انتهى وقال بعده تنبيه يستثنى من ذلك مسئلة صاحب الشرطة وذكر مسئلة البيان المتقدمة وحاصل ما تقدم ان ما حكاه ابن رشد عن بعض المتأخرين الذى هو ظاهر كلام المؤلف هو ظاهر اطلاقات أهل المذهب ولا شك فى ظهور الفرق بين وجوب رفع الشهادة وسقوطها بكون الشاهد هو المدعى فرفع الشهادة عند الحاكم والاخبار بها من غير مخاصمة فيما يستدام فيه التحريم واجب غير مسقط للشهادة كما سيصرح به المصنف بقوله وفى محض حق الله تعالى تجب المبادرة بالامكان ان استديم تحريمه وأما ان كان الرافع هو المخاصم فتسقط الشهادة كما أطلقه هنا فى قوله كمخاصمة مشهود عليه مطلقا والله أعلم وانظر الشفاء فى الشهادة بشئ فى حق الجناب العلى (فرع) قال فى الطرر فى ترجمة عداوة اذا قام أهل مسجد فى حباسة مسجدهم أو حقه على رجل وشهدوا فيه وأنكر الرجل لم تجز شهادتهم عليه لانهم خصماؤه فان قام عليه منهم قائم وشهد غيره جازت شهادتهم لانهم ليسوا خصماء انتهى (فائدة) قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ستر مسلما ستره الله يوم القيامة رواه مسلم فى كتاب البر والصلة قال فى الاكمال وهذا الستر فى غير المشتهرين وأما المتكشفون المشتهرون الذين تقدم اليهم فى الستر وستر واغير مرة فلم يدعوا وتمادوا فكشف أمرهم وقمع شرهم مما يجب لان كثرة الستر عليهم من المهاودة على معاصى الله ومصانعة أهلها وهذا أيضا فى ستر كشف معصية انقضت وفاتت فاما اذا عرف انفراد رجل بعمل معصية أو اجتماعهم لذلك فليس الستر هنا السكوت على ذلك وتركهم واياها بل يتعين على من عرف ذلك اذا أمكنه تنفيرهم عن ذلك بكل حال وتغييره وان لم يتفق له ذلك الا بكشفه لمن يعينه أو السلطان وأما ايضاح حال من يضطر الى كشفه من الشهود والامناء والمحدثين فبيان حالهم ممن يقبل منه وينتفع به مما يجب على أهله فاما الشاهد فعند طلب ذلك منه لتجريحه أو اذا رأى حكما يقطع بشهادته وقد علم منه ما يسقطها فيجب رفعها وأما فى أصحاب الحديث وحملة العلم المقلدين فيجب كشف أحوالهم السيئة لمن عرفها ممن يقلد فى ذلك ويلتفت الى قوله لئلا يغتر بهم ويقلد فى دين الله من لا يجب على هذا اجتمع رأى الائمة قديما وحديثا وليس الستر ههنا بمرغب فيه ولا مباح وليس فى الحديث ما يدل على الاثم فى كشفه ورفعه الى السلطان وانما فيه الترغيب على ستره ولا خلاف ان رفعه له وكشفه لمعصية الله مباح له غير مكروه ولا ممنوع ان كانت له نية من أجل عصيانه لله ولم يقصد كشف ستره والانتقام منه مجردا فهذا يكره له اهـ والظاهر أنه يحرم بهذا القصد لقوله تعالى ان الذين يحبون أن تشيع الفاحشة فى الذين آمنوا لهم عذاب أليم والظاهر أيضا ان الستر اذا خلا عن القيود التى ذكرها أولا يكون مندوبا اليه للحديث

وشهد وحلف) ابن عرفة المانع السادس من ظن عدم استيفاء واجب التحمل أو ترك القيام بها الموجب دوام محرم أو الحرص على قبول الشهادة قال ابن رشد شهادة المختفى لاخفاء فى ردّها على القول بلغو الشهادة على اقرار المقر دون قوله اشهد على وهو أحد قولى مالك فى المدونة وقال ابن أبى حازم وابن الماجشون وروايته رواية محمد الا أن يكون قذفا

المتقدم وانه يكره الرفع والله أعلم (فرع) قال فى النوادر قال ابن وهب عن مالك الجار يظهر شرب الخمر وغيره فليتقدم اليه وينهه فان انتهى والا رفع أمره الى الامام والشرطى يأتيه رجل يدعوه الى ناس فى بيت على شراب قال اما البيت الذى لم يعلم ذلك منه فلا يتبعه وان كان بيتا معلوما بالسوء قد تقدم اليه فيه فليتبعه الشرطى انتهى من الترجمة الثانية من كتاب الشهادات ص ﴿أو شهد وحلف﴾ ش قال ابن عبد السلام الا أن يكون الشاهد من جهلة العوام فانهم يتسامحون فى مثل ذلك فينبغى عندى أن يعذروا به (فان قلت) هذا الوجه من الحرص لا يدل على ضعف فى الشهادة ألا ترى انه قد جاء فى كتاب الله فيقسمان بالله وعلى ما جاء فى حديث أبى موسى الاشعرى (قلت) قد قيل ان الحكم منسوخ وبتقدير كونه محكما فالشهود لم يبدؤا باليمين وانما طلبت منهم فلا يضر انتهى وقال ابن حجر فى شرح البخارى فى كتاب الشهادات قال ابن بطال فى قوله عليه الصلاة والسلام تسبق شهادة أحدهم يمينه يستدل به على أن الحالف فى الشهادة يبطلها قال وحكى ابن شعبان فى الزاهى من قال أشهد بالله أن لفلان على فلان كذا لم تقبل شهادته لانه حلاف وليست بشهادة قال ابن بطال والمعروف عن مالك خلافه انتهى ص ﴿أو رفع قبل الطلب فى محض حق الآدمى﴾ ش قال فى التوضيح نعم قال علماؤنا يجب عليه أن يعلم صاحبه به ان كان حاضرا فان لم يفعل فروى عيسى عن ابن القاسم ذلك مبطل لشهادته قال الاخوان الا أن يعلم صاحب الحق بعلمهم وجعله ابن رشد تفسيرا وقال سحنون لا يكون ذلك جرحة الا فى حق الله تعالى لان صاحب الحق ان كان حاضرا فقد ترك حقه وان كان غائبا فليس للشاهد شهادة ويلزم على هذا التعليل أنه اذا كان حاضرا لا يعلم أن تلك الرباع له مثل أن يكون أبوه أعارها أو أكراها لمن هى بيده فباعها الذى هى بيده والولد لا يعلم انها لابيه ان على الشاهدان يعلم بذلك والا بطلت شهادته الباجى وعندى أن ذلك انما يكون جرحة اذا علم انه ان كتم ولم يعلم بشهادته بطل الحق أو دخل بذلك مضرة أو معرة وأما على غير ذلك فلا يلزم القيام بها لانه لا يدرى لعل صاحب الحق تركه انتهى قال ابن عبد السلام وينبغى لهذا الشاهد أن ينكر على المتصرف فى مال غيره وروى من حديث عبد الله بن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من كانت عنده شهادة فلا يقل لا أخبر بها الا عند الحاكم ولكن ليخبر بها لعله يرجع أو يرعوى وقال ابن عرفة حال الحاضر تبطل الشهادة بترك اعلام الحاضر بها لا بترك رفعها للسلطان (قلت) الا أن يكون ربها من هو الى نظر السلطان كاليتيم المهمل انتهى ص ﴿وفى محض حق الله تجب المبادرة الخ﴾ ش قال ابن عبد السلام ان كان هناك غيره ممن يتم الحكم بشهادته فانه يستحب له المبادرة تحصيلا لفرض الكفاية فان أبى غيره أو منعه من ذلك مانع تعين عليه القيام انتهى ص ﴿كعتق وطلاق ووقف ورضاع﴾ ش نحوه لابن الحاجب قال فى التوضيح قيد ابن شاس الوقف بأن يكون على غير معينين وأطلق القول فيه الباجى

* ابن عرفة أو غيره من حقوق الله وقال المازرى ترد الشهادة بتهمة الحرص على قبولها قيل اذا حلف الشاهد على صحة شهادته ان حلفه قادح فيها لان حلفه كالعلم على التعصب والحمية قال واختلف اذا قام الشهود وخاصموا فى حقوق الله تعالى فأسقط ابن القاسم شهادتهم لان خصامهم علم على شدة الحرص على انفاذ شهادتهم وشدة الحرص على انفاذها يحمل على تحريفها أو زيادة فيها وقد قال عمر لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين فقال الباجى من قام يطلب حقا لله لم تقبل شهادته فيه قاله ابن القاسم وقال مطرف شهادته جائزة لانها فى أمور الآخرة (أو رفع قبل الطلب فى محض حق الآدمى) ابن رشد الشهادة بمال الحاضر تبطل بترك اعلامه لا بترك رفعها للسلطان * ابن عرفة الا

أن يكون ربها ممن هو الى نظر السلطان كاليتيم المهمل وقال ابن الحاجب الحرص على الشهادة فى الاداء بيدأ به قبل طلبه فيما تمحض من حق الآدمى قادح (وفى محض حق الله تعالى تجب المبادرة بالا مكان ان استديم تحريمه كعتق وطلاق ووقف ورضاع) ابن الحاجب فان كانت حقا لله يستدام فيه التحريم كالطلاق والعتاق والخلع والرضاع والوقف لم تقدح المبادرة بل تجب * ابن رشد الشهادة بما يستدام تحريمه تبطل بترك رفعه الى السلطان الا على ظاهر قول أشهب

(والاخير كالزنا) ابن الحاجب فان كانت حقا لله فيستدام فيه التحريم كالزنا وشرب الخمر فلا تقدح ولا تجب الا في التحريم ان شهد على أحد * ابن رشد الشهادة على ما مضى من الحدود التي لا يتعلق بها حق لمخلوق كالزنا وشرب الخمر لا يلزم القيام بها ويستحب ستره الا في المشتهر ولا تبطل بترك القيام وان كان مشتهرا اتفاقا وقال ابن العربي في مسالكه المشهود به ان كان حقا لله ولا يستدام فيه التحريم كالزنا وشرب الخمور زاد أصبغ والسرقة فترك الشهادة له جائزة ولو علم بذلك الامام فقد قال ابن القاسم يكتمها ولا يشهد وقال ابن القاسم في أربعة شهدوا على رجل بالزنا فتعلقوا به ورفعوا للسلطان وشهدوا عليه لا تقبل شهادتهم ويحدون لانهم قذفة * ابن رشد انما لم تجز شهادتهم لان تعلقهم به ورفعهم اياه لا يجب عليهم بل هو مكروه لهم لان الانسان مأمور بالستر على نفسه وعلى غيره قال صلى الله عليه وسلم من أصاب من مثل هذه القاذورات شيأ فليستتر بستر الله قال في التمهيد في هذا الحديث دليل على أن الستر واجب على المسلم في خاصة نفسه اذا أتى فاحشة وواجب ذلك أيضا في غيره وقال ابن العربي اذا رأيته على معصية فعظه فيما بينك وبينه ولا تفضحه روى النسائي وأبو داود وأن النبي صلى الله عليه وسلم قال من رأى عورة فسترها كان كمن أحيا موؤدة من قبرها وقال صلى الله عليه وسلم لهزال هلا سترته بردائك خرجه أهل الصحيح ولما أمر صلى الله عليه وسلم بقطع السارق وقال صفوان لم أرد هذا يا رسول الله فقال فهلا قبل أن تأتيني به وكذلك الجوار أمانة والجار عليه أمين يغض بصره ويصم أذنيه ويكف عنه أذاه ويسدل دونه حجابه فان رأى عورة سترها أو سيئة غفرها أو حسنة بثها ونشرها كان لأبي حنيفة جار اسكاف يعمل نهاره أجمع فاذا جنه الليل رجع الى منزله وقد حمل لحما فطبخه أو سمكة فشواها ثم لا يزال يشرب حتى اذا دب الشراب فيه غزل بصوت يقول أضاعوني وأي فتى أضاعوا * ليوم كريهة وسداد ثغر فلا يزال يشرب ويردد هذا البيت حتى يأخذه النوم وكان أبو حنيفة يصلي الليل كله ففقد أبو حنيفة ليلة صوته فاستخبر عنه فقيل أخذه الشرط وهو محبوس فما صلى أبو حنيفة الصبح من غده ركب بغلته وجاء الأمير فاستأذن عليه فأذن له وأن لا ينزل حتى يطأ البساط فلم يزل الامير يوسع له في مجلسه حتى أنزله مساويا له فقال ما حاجتك فقال اسكاف أخذه الحرس ليأمر الأمير بتخليته قال نعم وكل من أخذ معه تلك الليلة فخلى جميعهم فركب أبو حنيفة والاسكاف يمشي وراءه ولما نزل مضى اليه وقال يا فتى أضعناك قال لا بل حفظت ورعيت جزاك الله خيرا عن حرمة الجار ورعاية الحق وتاب الرجل عما كان فيه بيدان هذا في كل ذنب يختص بالعبد لا يتعداه فان كان يلحق غيره منه ظلم فخبر الشهود الذي يأتي بالشهادة قبل أن يسألها من ذلك شهادة ابن عوف في حديث الوفاء ومن ذلك شهادة الرجل على زوجته ان حملها ليس منه أما شهادته على رؤيته لزناها فمكروه والفراق مع الستر أفضل وأولى وأوجب وأحرى وأمامع الحاق غير ولده به فلا صبر * عياض كان مع تميم قوم بباب داره اذ وثب وقال لهم قوموا فادخلوا فدخلوا وأغلق الباب ولا يدرون ما السبب فقال رأيت سكرانا فلم أرد أن تروه فقالوا ومن هو فقال انما سترته عنكم ثم أخبركم به فقال عياض اجتمع الناس على فضل هذا الرجل أعني تميما المذكور وقرئ عليه بالقيروان وسمع منه قال عياض وأمر ابن سلمة القاضي بانسان في رأسه غرارة وبيده كبر فامر بكسر الكبر وعلم ولم يشك ان الغرارة مملوءة أكبارا فقال أنزلوا الغرارة قال وكان معه أحمد بن عبادة فقال له أحمد ما عليك ان تفتش أمتعة الناس انما عليك ان تغير ما ظهر من المنكر فأمسك القاضي عما أمر به من تفتيش الغرارة ثم اجتمع القاضي مع ابن لبابة وذكر له القضية فقال ابن لبابة مثل ما قال أحمد بن عبادة فأقبل القاضي على أحمد وقال لقد انتفعت اليوم بصحبتك يا رعيني وقال أبو حامد في احيائه من ستر معصية في داره وأغلق بابه لا يجوز ان يتجسس عليه واذا رأى فاسقا وتحت ذيله شيء لم يجز ان يكشف عنه نعم لو أخبره عدلان ابتداء من غير استخبار بان فلانا في داره خمر فله الدخول من غير استئذان فان أخبره عدل وعبدان ففيه نظر والاولى المنع اذ لا يسقط حق الا بعدلين انتهى وانظر أيضا اذا شهد أحد على انسان انه شرب خمرا قال في المدونة ينكل الشاهد ونقل ابن عرفة عن ابن حبيب قال مشى عمر رضي الله عنه بالليل فرأى نارا في بيت فأتى اليها فاذا بقوم يشربون وشيخ

وابن رشد انتهى وفي كون هذه الأشياء من محض حق الله تعالى عندي نظر والله أعلم (تنبيه) بهذا القسم والذي قبله اندفع التعارض بين قوله صلى الله عليه وسلم في معرض الذم ثم يكون قوم يشهدون ولا يستشهدون وقوله تبدر شهادة أحدهم يمينه ويمينه شهادته وبين قوله في معرض المدح ألا أخبركم بخير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها فحكم الاول على الأول والثاني على الثاني والله أعلم ص ﴿والاخير كالزنا﴾ ش تقدم في شرح قوله كمخاصمة مشهود عليه أن الستر أولى

فاقتحم عليهم وقال يا أعداء الله أمكن الله منكم فقال الشيخ ما نحن بأعظم منك ذنبا تعديت ودخلت بغير اذن فاحتشم عمر وقال ذر واهذه بهذه انتهى ولم يذكر ابن عرفة مايعارض هذا الا بالنسبة لمن يستظهر ويشتهر وقد تقدم قول ابن رشد ان الشهادة لاتبطل بترك القيام بها وان كان مشتهرا اتفاقا وانظر قد يكون يتضرر بالرفع فيسقط عنه كما يسقط التغيير لما ذكر عياض شرف مالك فى رجوع أشياخه لكلامه حكى أن ابن هرمز مر بدار بعض أهل الاقدار وهو واقف مع مولى له فقال له ابن هرمز انك على الطريق وليس يحل لك هذا فقال لعبيده طؤا بطنه فوطئوه حتى حمل الى منزله فعاده الناس وفيهم مالك فجعل يشكو والناس يدعون له ومالك ساكت ثم تكلم فقال ان هذا لم يكن لك أن تأتى الى رجل من أهل القدر على باب داره معه حشمه ومواليه فقال له ابن هرمز أفترانى أخطأت قال اى والله وقيل لمالك الرجل عنده علم بالسنة يجادل عليها قال لا يخبر بالسنة فان سمع منه والا سكت قيل فينصح السلطان قال ان رجا ان يسمعه والا فهو من ذلك فى سعة وانظر اذا كان الدار لمنكر والجيران يتضررون به والفقه انه لايقتحم عليه فى الدار ولكن ترفع الشكوى به للقاضى ويعذر له ثم تكرى عليه غير أن يقذف أو يكشف عليه أنظر المتيطى (بخلاف الحرص على التحمل كالمختفى) ابن شاس

من موانع الشهادة الحرص على التحمل مثل أن يجلس مختفيا فى زاوية لتحمل شهادة فينبنى قبول شهادته على جواز تحمل الشهادة على المقر من غير ان يشهد على نفسه بما أقر به وهو المشهور من المدونة فى شهادة الشاهد على من سمعه يتكلم أو يقر على نفسه بمال أو غيره روايتان عن مالك احداهما يشهد اذا كان قد استوعب ذلك واختار هذه الرواية ابن القاسم وبه العمل قاله فى المفيد وقد تقدم نص ابن رشد أول الكلام على قوله ولان حرص على القبول (ولان استبعد كبدوى لحضرى) المازرى تعرض التهمة من جهة الشهود فى الشهادة ومخالفة العادة ومنه حديث لاتقبل شهادة البدوى على القروى * ابن عبد الحكم مالك يتأول ذلك فى الحقوق اذا شهدوا فى الحاضرة لأنها تهمة ان يشهد أهل البادية دون من معه من أهل الحاضرة وأجازها فى الدماء والجراح وحيث تطلب الخلوات والبعد من العدول (بخلاف ان سمعه أو مر به) ابن الحاجب حديث لاتقبل شهادة البدوى على القروى محمله عند مالك على الشهادة فى الحضر لانه مظنة الريبة فاما لو شهدانه سمعها أو رآها أو كانوا فى سفر فلا ريبة فى المال وغيره (ولا سائل فى كثير) اللخمى واختلف فى الفقير المتكفف قيل تجوز شهادته فى اليسير ومن المدونة قال ابن القاسم لاتجوز شهادة السؤال فى الكثير من الاموال أو شبهها (بخلاف من لم يسئل) ابن يونس قال بعض أصحابنا تجوز شهادته وان كان يقبل الشئ ممن يعطيه من غير مسئلة لانه قد جاء ما أتاك من غير مسئلة فانما هو رزق رزقك الله فهو خارج عن باب السؤال وذكر اللخمى هذا اختيارا لنفسه وابن يونس أقدم (أو يسأل الاعيان) ابن الحاجب ان كانوا فقراء سؤالا للامام أو الاعيان قبلت مطلقا على الاصح وقال اللخمى الفقير الذى لايقبل الصدقة شهادته فى اليسير جائزة واختلف فى الكثير

والرفع مكروه وهذا فى حق من يندر منه وأما فى حق من يكثر ذلك منه فليرفعه كما تقدم ذلك أيضا فى كلام ابن فرحون وابن رشد والقاضى عياض بل أول كلام عياض يقتضى ان الرفع واجب وتقدم الكلام على ذلك بما فيه الكفاية والله أعلم ص ﴿ بخلاف الحرص على التحمل ﴾ ش قال ابن الحاجب ففى التحمل كالمختفى فتحملها لايضر كالمختفى على المشهور وقال محمد اذا لم يكن المشهود عليه مخدوعا أو خائفا قال فى التوضيح وليس قول محمد تقييدا للمشهور بل هو من تمامه ففى الموازية قال مالك فى رجلين قعدا لرجل من وراء حجاب يشهدان عليه قال ان كان ضعيفا أو مخدوعا أو خائفا لم يلزمه ويحلف ما أقر الا بما ذكر وان كان على غير ذلك لزمه ولعله يقر خاليا ويأبى من البينة فهذا يلزمه ما سمع منه قيل فرجل لايقر الا خاليا أقعد له بموضع لايعلم للشهادة عليه قال لو أعلم أنك تستوعب أمرهما ولكنى أخاف أن تسمع جوابه لسؤاله ولعله يقول له فى سر ان جئتك بكذا ما الذى لى عليك فيقول له عندى كذا فان قدرت أن تحيط بسرهم فجائز انتهى وقال ابن عرفة عن ابن رشد شهادة المختفى لاخفاء فى ردها على القول بلغو الشهادة على اقرار المقر دون قوله اشهدوا علىّ وانما اختلفوا فيها فمنهم من أجاز ذلك فمنعها سحنون مطلقا ومنهم من كره له الاختفاء لتحملها وقبولها ان شهد بها وهم الأكثر وهو ظاهر قول عيسى هنا خلاف قول ابن القاسم فى تفرقته بين من يخشى أن يخدع لضعفه وجهله وبين من يؤمن ذلك منه ولو أنكر الضعيف الجاهل الاقرار جملة لزمته الشهادة عليه وانما يصدق فيه مع يمينه اذا قال انما أقررت لوجه كذا مما يشبه انتهى ودل

المشهور هنا على أنه ليس من شرط صحة الشهادة قول المقر للشهادة أشهد على * ابن عبد السلام وفى ذلك قولان وذكر ابن رشد فى رسم باع شاة من سماع عيسى من كتاب الشهادات القولين وذكر ان القول بجوازها قول ابن القاسم وروايته عن مالك فى المدونة وقول أشهب وسحنون وعيسى بن دينار وكافة أصحاب مالك انتهى قال الدماميني فى حاشية البخارى فاذا صرح المقر بالاشهاد فالأحسن أن يكتب الشاهد أشهدنى بذلك فشهدت عليه به حتى يخلص الخصم من الخلاف انتهى وانظر آخر سماع أبى زيد من كتاب الشهادات (تنبيه) قال ابن عرفة وجعل المازرى ومن تبعه علة رد شهادة المختفى الحرص على التحمل بعيد فتأمله انتهى ص ﴿ولا ان جر بها﴾ ش يعنى أن شهادة الشاهد اذا كانت تجر له نفعا فلا تجوز وهذا ظاهر (فرع) قال فى رسم القضاء من سماع أشهب من كتاب الشهادات وسئل مالك عن رجل شهد على رجل أنه حلف بطلاق امرأته فى حق له عليه ليدفعنه اليه فحنث فقال ما هو بجائز الشهادة عليه قال ابن رشد ليس اسقاط شهادته فى هذا ببين وكان الأظهر أن تجوز شهادته عليه انه قد حنث لان وقوع الطلاق عليه لا يدعوه الى أن يعجل حقه وانما يدعوه بالطلاق ليقضينه الى أجل مخافة أن يقع عليه الطلاق ان لم يقضه قبل الاجل لما كان لو شهد عليه بذلك قبل أن يحنث والحق عليه لم يدفعه لم تجز شهادته عليه لاتهامه أن يكون انما شهد عليه ليعجل له القضاء ولا يحنث لم تجز شهادته عليه اذا شهد عليه أنه قد حنث لاحتمال أن يكون قد ادعى ذلك عليه قبل الحنث فأراد أن يحقق دعواه عليه قبل الحنث لشهادته عليه بعد الحنث وهو ضعيف انتهى والله أعلم ولم يذكر فى ذلك خلافا وانما ذكر ما ذكره على سبيل البحث وقد نقل فى النوادر فى كتاب الشهادات فى أول الجزء الثانى من الشهادات فى ترجمة شهادة الأجير والشريك والمقارض والغريم عن المجموعة فى ذلك قولين ونصه من المجموعة عن ابن القاسم واذا غرم الحميل ما تحمل به ثم قدم المطلوب فأنكر الحمالة فشهد الغريم على الحمالة فلا تجوز وكذلك من حلف لغريمه بالعتق ليقضينه الى أجل فحنث فقام رقيقه فشهد لهم الطالب بالحنث فلا تجوز شهادته ورواه أشهب عن مالك فيه وفى العتبية وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ان شهادته تجوز قبض منه حقه أو لم يقبض اذ لا يجر بها الى نفسه شيئا وقاله أصبغ انتهى وقال قبل هذا فى ترجمة ما يلزم الرجل أن يشهد به مما علمه من الجزء الاول من الشهادات قال مالك فيمن سمع رجلا حنث فى طلاق ولا يشهد عليه بذلك عليه غيره قال فليرفعه الى السلطان وكذلك لو حنث بذلك فى حق الشاهد عليه فليرفع ذلك حتى يكون السلطان ينظر فى أمره يريد لا تجوز شهادته فى حنثه فى دينه عليه وقد ذكرها بعد هذا انتهى وقد ذكر ابن بطال فى مقنعه بلفظ لا تجوز شهادته فى حنثه فى دينه وانظر كلام ابن رشد فى شرح المسئلة الثامنة من رسم الطلاق الثانى من سماع أشهب من كتاب الايمان بالطلاق من البيان وانظر كلام البرزلى فى مسائل الايمان فى مسئلة من حلف بالحلال عليه حرام لا أشترى منه غلة زيتون أبدا ثم اشتراها بعد سنين وشهد عليه البائع فانه قال الصواب انه لا يحنث بشهادته لانه يتهم انه أراد فسخ صفقته (فرع) قال فى الذخيرة فى باب الشهادة عن الموازية اذا قال حبست على أهل الحاجة من قرابتى حبسا فشهد فيه منهم أهل الغنى فان كان الحبس يسيرا بحيث لا ينفع هؤلاء ان احتاجوا قبلت شهادتهم والا ردت انتهى من الباب الثامن فى آخر المانع الثالث والله أعلم وأصله فى النوادر فى أوائل الجزء الثانى من كتاب الشهادات فى ترجمة الرجل يشهد

(ولا ان جر بها)

لغيره ولنفسه نقل عن ابن سحنون أنه قال سمعت بعض أصحابنا سئل عن ذلك فأجاب بما ذكره وفي رسم الوصايا من سماع أصبغ من كتاب الشهادات نحوه وقبله ابن رشد ولم يتكلم عليه بل قال هذه مسئلة صحيحة بينة (فرع) قال في النوادر في الترجمة المذكورة من النوادر ومن العتبية روى عيسى عن ابن القاسم فيمن له قبل رجلين حق وأيهما شاء أخذه بحقه فأقر أنه قبضه من أحدهما والآخر يقول أنا دفعته اليه فشهادة القابض للدافع ههنا جائزة إذ ليس له عليهما شئ يجر به الى نفسه شيأ انتهى ووقعت مسئلة وهي ان رجلا شهد على حاكم بثبوت وقف عنده والحالة ان الرجل المذكور ليس له الآن استحقاق في الوقف حال أداء الشهادة وانما يؤول اليه بمقتضى مارتبه الواقف فهل تقبل شهادته في ذلك فأجاب بعضهم بأنه ان كان لا يحصل له انتفاع بهذا الشئ الموقوف اذا صار من أهله بأن يكون الوقف يسيرا قبلت شهادته والا ردت قياسا على الفرع المتقدم وهو ظاهر والمسئلة في سماع أصبغ من الشهادات وهي المسئلة الثانية وهي أيضا في النوادر والله أعلم (مسئلة) اذا شهد الشاهدان على حكم قاض عزل أو مات وقالا كان القاضي حكم بشهادتنا فهل تبطل شهادتهما على الحكم وعلى أصل الشهادة أو تجوز على الحكم أو لا تجوز على الحكم وتجوز على أصل الشهادة ثلاثة أقوال أظهرها رواية يحيي أن الشهادة على الحكم جائزة ولا يضرهما ماذكراه قاله ابن رشد في رسم كراء الدور من سماع يحيي من الشهادات (مسئلة) اذا شهد شاهد بطلاق امرأة من زوجها فأثبت زوجها أنه كان يخطبها فهل تسقط بذلك شهادته ولا يلزم الزوج يمين قولان حكاهما في النوادر (فائدة) قال القرطبي في شرح مسلم يجوز قبول اخبار رسول الله صلى الله عليه وسلم من الراوي لها العدل وان كان جر لنفسه بذلك نفعا أو ولده أو ساق بذلك مضرة لعدوه كاخباره عن الخوارج انتهى (مسئلة) من شهد شهادة تؤدي الى رقه فقال أصبغ في نوازله انها لا تجوز ونصه وسمعته أي أصبغ سئل عن رجل أعتق عبدين له فشهدا بعد عتقهما ان الذي أعتقهما غصبهما من رجل مع مائة دينار ان شهادتهما تجوز في المائة ولا تجوز في غصبه رقابهما لانهما يتهمان أن يريدا ارقاق أنفسهما ولا يجوز لحر أن يرق نفسه قال ابن رشد ولسحنون في كتاب ابنه لا تجوز شهادتهما ولا في المائة وهو الاظهر لان الشهادة اذا رد بعضها للتهمة ردت كلها بخلاف اذا رد بعضها للسنة والمشهور اذا رد بعض الشهادة للتهمة أن ترد كلها وقيل انه يرد ما لا تهمة فيه وهو قول أصبغ هذا والمشهور اذا رد بعض الشهادة للسنة كشهادة رجل واحد وامرأتين في وصية فيها عتق ومال أن يجوز منها ما أجازته السنة وهو الشهادة بالمال فيثبت بالشاهد مع اليمين أو بشهادة المرأتين مع يمين وقيل يبطل الجميع لانه لما رد بعضها وجب ردها كلها وذلك قائم من المدونة وحكاه البرقي عن أشهب وجميع جلسائه انتهى مختصرا وذكر هذه المسئلة في نوازل أصبغ في ثلاثة مواضع وفي مسائل الأقضية من البرزلي من ذلك مسائل وذكر في نوازل أصبغ أيضا مسئلة من شهد شهادة تؤدي الى حده أنه تسقط شهادته ويحد كما اذا شهد شاهدان ان رجلا طلق امرأته البتة وأنهما رأياه بعد ذلك يزني بها كالمرود في المكحلة وقال ابن الماجشون الحد ساقط عنهما لسقوط شهادتهما في الطلاق وقال سحنون الشهادة ساقطة ولا حد عليهما قال ابن رشد وقيل يلزمه الطلاق ويحدان وهو الذي يأتي على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك وقول أصبغ في إيجاب الحد على الشاهدين وان سقطت شهادتهما في الطلاق أظهر من قول ابن الماجشون

كعلى موروثه المحصن بالزنا أوقتل العمد الا الفقير) ابن عرفة المانع الثاني جر شهادة الشاهد لنفسه نفعا لأنه بها متهم في الموطأ قال
عمر لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين * الباجي عن ابن مزين عن يحيى بن سعيد هو المتهم الذي يظن به غير الصلاح * ابن كنانة
شهادة المتهم مردودة وان كان مبرزا في العدالة قال ابن القاسم لو شهد أربعة على أبيهم بالزنا ردت شهادتهم ولا يرجم لأنهم يتهمون
على ارثه ويحدون وقال أشهب ان كان الاب عديما جازت شهادتهم ان كانوا عدولا ورجم الأب بشهادتهم الا ان كان موسرا
فترد شهادتهم لتهمتهم بالميراث قال وكذلك لو شهدوا عليه وكذا ان شهدوا انه قتل فلانا عمدا وقال ابن اللباد لا تجوز شهادتهم وان
كان معدما لتهمتهم على سقوط نفقته عنهم برجمه (١٧٠) * ابن عرفة في سماع سحنون قال قال أشهب يرجم الاب بشهادتهم
الا ان كان موسرا فترد شهادتهم لتهمتهم بالميراث قال وكذا لو شهدوا عليه أنه قتل فلانا عمدا وهو معسر أيضا ترد شهادتهم عليه لانهم يريدون الراحة منه لاجل النفقة عليه * ابن رشد في تسوية أشهب بين شهادتهم بزناه وشهادتهم بقتله نظر لان شهادتهم بقتله واجبة ان دعوا اليها ومستحبة ان لم يدعوا فواجب قبول شهادتهم بذلك مالم يتهموا على ارثه والراحة من النفقة عليه وشهادتهم بزناه مكروهة لانهم مأمورون بالستر على أنفسهم وعلى الناس فالصواب رد شهادتهم بزناه لانها عقوق الا أن يعذروا بجهل أو لانهم دعوا الى الشهادة عليه
مثل ان يقوم بحد على من قذفه بالزنا فسأل القاذف بنيه أن يشهدوا له بزناه ليسقط عنه حد قذفه وعليه ينبغي حمل قول أشهب (أو
بعتق من يتهم في ولائه) من المدونة ان شهد وارثان أن الميت أعتق هذا العبد فان كان معهما نساء والعبد يرغب في ولائه لم
تقبل شهادتهما وان كان لا يرغب في ولائه ولم يكن معهما نساء جازت شهادتهما (أو بدين لمدينه) أنظر هذا الاطلاق وقد قال
بعد هذا والمديان المعسر لربه فسمع ابن القاسم شهادة الرجل لرجل وللشاهد على المشهود له حق جائزة * ابن القاسم بلغني ان كان
المشهود له موسرا قبلت والا لم تقبل لانه انما شهد لنفسه قال ابن القاسم وكذا ان كان للمشهود له على الشاهد حق ان كان مليا
جازت شهادته وان كان معدما لم تجز * ابن رشد ما بلغ ابن القاسم عن مالك مفسر لما سمعه منه مجملا وهذا ان كان الدين حالا أو
قريب الحلول وان بعد جازت شهادته كما لو كان مليا وشهادته له فيما عدا الاموال جائزة

وسحنون انتهى وانظر توجيه الاقوال فيه والله أعلم ص ﴿ كعلى موروثه المحصن بالزنا ﴾ ش قال
ابن رشد في أول سماع سحنون في كتاب الشهادات واذا اسقطت شهادتهم بأي وجه سقطت وجب
الحد عليهم وقد قال سحنون اذا اسقطت شهادتهم بالظنة ولا فرق بين أن تسقط بالظنة أو بالجرحة
انتهى ص ﴿ أو بدين لمدينه ﴾ ش يعني أن شهادة رب الدين للمديان بدين له على شخص آخر لا
تجوز لانه يتهم أن يكون شهد له بذلك ليقضيه منه (تنبيهات * الاول) قيد رحمه الله المسئلة بكون
رب الدين شهد للمديان بدين ولا خصوصية للدين وفرضها في التوضيح فيما اذا شهد له بمال ويدخل فيه
ما اذا شهد له بقضاء دين عليه فانها شهادة بمال وهو ظاهر الرواية كما سيأتي (الثاني) أطلق رحمه
الله في رد شهادته ولم يفرق بين أن يكون المديان مليا أو معسرا وتبع في ذلك ابن الحاجب وعلى ذلك
اقتصر ابن فرحون في تبصرته وذكر في التوضيح في ذلك ثلاثة أقوال (الاول) رد شهادته
مطلقا وهو مذهب ابن القاسم (الثاني) اجازتها له وان كان معدما وعزاه لأشهب (الثالث)
التفرقة بين أن يكون المديان معدما فتمتنع الشهادة وبين أن يكون مليا فتجوز وتبع المصنف في
حكاية هذه الاقوال ابن عبد السلام وتبعهما صاحب الشامل فقال ولو شهد رب دين لمديانه بطلت
على الاصح وثالثها ان كان معسرا انتهى ونقل في البيان القول بجواز شهادته له مطلقا عن مالك من
رواية ابن القاسم وذكر عن ابن القاسم انه بلغه عن مالك القول بالتفرقة بين الملي والمعدم وجعله
ابن رشد تفسيرا فقال في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات قال مالك شهادة
الرجل لرجل وللشاهد على المشهود له حق جائزة ابن القاسم بلغني عنه ان كان المشهود له موسرا
قبلت والا لم تقبل لانه انما شهد لنفسه قال ابن رشد ما بلغ ابن القاسم من تفرقة مالك بين كون المشهود
له مليا أو معدما مفسر لما سمعه منه مجملا وهذا ان كان الدين حالا أو قرب الحلول وان بعد جازت
شهادته كما لو كان مليا وشهادته له فيما عدا الاموال جائزة قاله بعض أهل النظر وهو صحيح انتهى
باختصار ابن عرفة وعلى كلام ابن رشد هذا اقتصر ابن عرفة ولم يحك فيه خلافا فتأمله فانه مخالف
لما نقله المصنف في التوضيح عن ابن القاسم من رد شهادته مطلقا وأيضا فقد نقل ابن عبد السلام
والمصنف القول بالتفرقة عن بعضهم وجعلوه خلافا ونقله في البيان عن مالك من رواية ابن القاسم

(بخلاف المنفق للمنفق عليه) من المدونة لاتجوز شهادة من هو فى عيال الرجل للرجل قال ابن حبيب وأما ان كان المشهود له فى عيال الشاهد فتجوز شهادته اذلاتهمة هنا أنظر أول ترجمة من الشهادات من ابن يونس (وشهادة كل للآخر وان بالمجلس) سمع أبو زيد ان شهد رجلان كل منهما لصاحبه بعشرة دنانير على رجل بمجلس واحد جازت شهادتهما ان كانا عدلين * ابن رشد هذا ثالث الاقوال راجع المسئلة ففيها طول (والقافلة بعضهم لبعض فى حرابة) من المدونة تجوز على المهاربين شهادة من حاربوه ان كانوا عدولا اذلا سبيل الى غير ذلك شهدوا بقتل أو أخذ مال أو غيره ولا تقبل شهادة أحد منهم لنفسه وتقبل شهادة بعضهم لبعض وسمع يحيى ابن القاسم ان شهد مسلوبان ان هؤلاء سلبونا هذه الثياب والدواب وهى قائمة بأيديهم أقيم عليهم الحد بشهادتهما ولم يستحقوا الدواب والمتاع الابشاهدين سواهما * ابن عرفة فى صحة هذه الشهادة فى الحد والمال ولو لانفسهما وردها فيهما ولو بالمال لغيرهما ثالثها فى الحد والمال لغيرهما لا لأنفسهما ورابعها لايجوز فى ذلك أقل من أربعة راجع هذه المسئلة فانها طويلة وانظر من هذا المعنى فى نوازل ابن سهل فيمن أوصى بفداء من لاطالب له قال هذا باب لايتوصل اليه الابشهادة من يختلف الى أرض الحرب فاذا كان فيهم من رضيت هديه عملت بهم وفى نوازل ابن رشد شهادة الاسرى على التوسم جائزة للضرورة وعن مطرف وابن الماجشون رأينا مالكا وجميع أصحابه يجيزون للضرورة شهادة بعض أهل الرفقة على بعض اذا عرض لهم خصام فيما يدور بينهم من البيع والكراء والسلف والمعاملة بتوسم الحرية والعدالة فى ذلك السفر كانوا من بلد واحد أو بلدان شتى ولا تجريح للخصم فيهم عند ابن الماجشون ولا تجوز شهادة بعضهم على بعض فى الحدود والغصب لان هذه الوجوه لاشهادة فيها الا بالعدالة الظاهرة وانما أجيزت فيما ذكرنا لاصلاح السبل وردع الشرار وقال القرافى المصالح الضرورية كنفقة الانسان مقدمة على المصالح الحاجية كنفقته على زوجته والحاجية مقدمة على التمامية كنفقته على أقاربه والمشقة مصلحة ولو أفضت الى مخالفة القواعد وذلك ضرورى يؤثر فى الرخص كالبلد الذى يتعذر فيه العدول قال الشيخ أبو محمد بن أبى زيد فى نوادره تقبل شهادة أمثالهم لانها ضرورة وكذلك يلزم فى القضاة وسائر الولاة وقال أيضا مانصه أول بدء الانسان فى زمن آدم كان الحال ضيقا فأبيحت الأخت لأخيها فلما اتسع الحال حرمت وحرم السبت والشحوم والابل وفرضت الصلاة خمسين صلاة وكانت التوبة بقتل النفس وازالة النجاسة بقطع الثوب فلما هرمت الدنيا وقل الجلد أحلت تلك الحرمات فدل ذلك على اختلاف الأحكام باختلاف الأحوال والأزمان (لا المجلوبين الا كعشرين) قال مالك فى الحصن يفتح فيسلم أهله فيشهد بعضهم لبعض وانهم يتوارثون بأنسابهم كما كانت العرب حين أسلمت وأما العدد القليل يتحملون اليناف هؤلاء لاتقبل شهادة بعضهم لبعض الأن يشهدوا سواهم من تجار أو أسارى كانوا عندهم فيتوارثون بذلك قال ابن القاسم والعشرون عدد كثير وانظر من هذا المعنى مالابن عات ان أهل البادية اذا شهدوا فى حق لامرأة أو غيرها ولم يكن فيهم عدل أنه يستكثر منهم ويقضى بشهادتهم ونقل البرزلى هذا فى نوازله ثم نقل عن بعض المفتين بالقرى على ثلاثين ميلا من البلد فيها الثلاثون رجلا والاربعون والأكثر من ذلك والأقل وليس فيهم عدل مشهور بالعدالة ولا يجدون من يعرفهم فقال لكل قوم عدولهم وليستكثر منهم مااستطاع ويقضى بهم وانظر انت بجواز ان يزكى مثل هؤلاء من هو غير معروف ويعدل هذا من هو معروف أنظره قبل هذا عند قوله من معروف الا الغريب (ولا من شهد له بكثير ولغيره بوصية والا قبل لهما) ابن عرفة فى شهادة الشاهد بوصية له فيها نصيب اضطراب ومن المدونة قال ابن القاسم قال مالك فيمن شهد لرجل فى ذكر حق له فيه شئ لم تجز شهادته له ولا لغيره بخلاف شهادته على وصية أوصى له فيها بشئ هذا ان كان

وجعله تفسيرا وهذا هو الظاهر من المذهب ولذلك اعتمده ابن عرفة فاقتصر عليه وكذلك القرافى فى الذخيرة (الثالث) أطلق المصنف فى رد الشهادة وتقدم فى كلام ابن رشد تقييد المسئلة بحلول الدين أو قرب حلوله والله أعلم ص ﴿ بخلاف المنفق للمنفق عليه ﴾ ش تصوره ظاهر وأما عكسه وهو شهادة المنفق عليه للمنفق فانها لاتجوز له كما نقلها الشارح عن المدونة ونقل فى المسائل الملقوطة أنها جائزة اذا كان مبرزا فى العدالة ونصه فيما يشترط فيه التبريز شهادة الصناع لمن يكثر استعمالهم للتهمة فى جر أعمالهم لهم وتوقيفها عليهم وزاد أيضا الشهادة للصانع اذا كان مثله يرغب فى عمله ولا عوض منه وزاد أيضا المنفق عليه للمنفق انتهى من المتيطية ومعين الحكام وابن راشد اه كلامه ولعل صوابه المنفق للمنفق عليه أعنى الصورة الأولى التى فى كلام المصنف والا فهو مشكل والله أعلم ص ﴿ ولا من شهد له بكثير ولغيره بوصية والا قبل لهما ﴾ ش تصوره ظاهر (مسئلة)

الذى أوصى له فيها شئ تافه لا يتهم عليه جازت له ولغيره لانه لا ينبغى ان تجاز الشهادة و يرد بعضها وقال مالك فى رجل هلك فشهد رجل انه أوصى لقوم بوصايا وأوصى للشاهد منها بوصية وأسند الوصية الى الشاهد وهو يشهد على جميع ذلك فان كان الذى شهد به لنفسه تافها لا يتهم على مثله جازت شهادته * ابن يونس ظاهر المدونة انه فرق بين الوصية وغيرها والفرق بينهما ان الوصية فيها ضرورة أوقد يخشى الموصى معاجلة الموت ولا يحضره الا الذى أوصى له ولا ضرورة تلحقه فى غيرها من الحقوق وكما أجازوا شهادة الصبيان للضرورة وشهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن فكذلك هذا (ولان دفع كشهادة بعض العاقلة بفسق شهود القتل) عد ابن الحاجب من موانع الشهادة أن يدفع بها عن نفسه كشهادة بعض العاقلة بفسق شهود القتل خطأ * ابن عبد السلام أطلقوا القول برد هذه الشهادة مع أن الفقير لا يلزمه أداء والمقدار الذى يلزم الغنى أداؤه يسير جدا * ابن عرفة ظاهر ابن عبد السلام ان هذا الفرع مقول لغير واحد من أهل المذهب ولا أعرفه الا للمازرى ووجيز الغزالى (والمديان المعسر لربه) أنظر عند قوله أومديون لمدينه (ولا مفت على مستفتيه ان كان فيما ينوى فيه) أنظر هذه العبارة قال ابن رشد من أقسام الشهادات شهادة لا يجوز القيام بها ولو دعى اليها وهى التى يعلم من باطنها خلاف ما يوجب ظاهرها كالرجل يأتى العالم فيقول حلفت بالطلاق أن لا أكلم فلانا فكلمته بعد

ذلك بشهر لانى كنت نويت أنى لا أكلمه الى شهر فان دعته امرأته ليشهد لها فيما أقر به عنده من حلفه بالطلاق أن لا يكلمه وانه كلمه بعد شهر لم يجز له أن يشهد عليه بذلك والارفع (ولان شهد باستحقاق وقال أنا بعته له ولان حدث فسق بعد الأداء) الذى لابن يونس ان ارتد الشهود أو فسقوا قبل الحكم لم يحكم بشهادتهم وسقطت وان ظهر منهم فسق أو أخذوا يشربون خمرا وذلك بعد حكم الامام باقامة الحد أو القصاص لان ذلك لم يقم بعد فان ذلك ينفذ و يقام الحد والقصاص لانه حكم نفذ الأمر به قال عبد الملك واذا كتب القاضى شهادة رجل ولم يحكم حتى قتل قتيلا على نائرة أوقذف رجلا وقاتل من شهد عليه فلا تسقط بهذا شهادته التى وقعت عند الحكم الا أن يحدث ما يستره الناس من الزنا والسرقة وشرب الخمر فتسقط شهادته ثلاث قال ابن المواز لانه مما يظن أنه فعله قديما ولو حكم بشهادة بينة فى حد فلم يقم حتى ظهر منهم شرب الخمر أو فسق أو ارتداد فالحكم نافذ لا يرد واذا لم يحكم بها بطلت شهادتهم وقاله أشهب وهو كالرجوع قبل الحكم أو بعده قال أشهب ولو قاتل المشهود عليه البينة قبل الحكم و بعد الشهادة لم يبطل ذلك شهادتهم وقاله ابن القاسم انتهى من ابن يونس ابن عرفة قال أشهب ان شهدت بينة عند قاض ثم جنت أوشجت خطأ لم ترد شهادتها وان أحدثت بعد أدائها قبل الحكم بها بعد تعديلها ما يمكن اسراره كشرب خمر ردت شهادتها * محمد مما يظن انه فعله قديما وليس مما يعلنه وان كان مما لا يمكن اسراره قال عبد الملك كقتل على نائرة أوقذف أوقتل من شهد عليه ففى ردها قولان وسمع سحنون ابن القاسم من شهد وهو عدل فلم يحكم الحاكم بشهادته حتى وقع بينه و بين المحكوم عليه خصومة لم ترد بذلك شهادته فلم يزد فيها ابن رشد شيأ (بخلاف تهمة جر ودفع وعداوة) ابن رشد التهمة بالعداوة تحدث والظنة تقع لا تؤثر فى اجازة الشهادة الا أن يعلم لذلك سبب قبل أدائها كمن شهد لامرأة ثم تزوجها فشهد عليه انه كان يخطبها قبل أن يشهد لها وقال أصبغ ان خاصم الشاهد المشهود عليه بعد الشهادة لم تبطل شهادته الا ان يقر أن ما يطالبه به قبل ايقاع الشهادة

وأما شهادة الوصى على الميت أوله فقال فى كتاب الشهادات من المدونة وتجوز شهادة الوصيين أو الوارثين بدين على الميت * ابن يونس مع يمين الطالب انه ما قبض منه شيأ ولا سقط عنه بوجه ما اه ثم قال فى المدونة ولا تجوز شهادة الوصى بدين للميت الا أن يكون الورثة كبارا وهم بحال الرشد يلون أنفسهم لا يتهم على قبض لهم فتجوز انتهى وفى المقرب وشهادة الوصى على الميت جائزة وان شهد بدين للميت على أحد لم تجز شهادته لانه يجر الى نفسه الا أن تكون الورثة كلهم كبارا مرضيين ولا يجر بشهادته الى نفسه شيأ فشهادته جائزة وقال مالك وان شهد أوصياء ميت ان الميت أوصى لفلان جازت شهادتهم وقال غيره وهذا اذا ادعى ذلك فلان ولم يكن لهما فيما شهدا به شئ يجرانه الى أنفسهما وكذلك شهادة الوارثين فى مثل هذا اذا شهدا أن الميت أوصى لفلان فشهادتهما فى ذلك جائزة اذا لم يجرا بها شيأ الى أنفسهما اه من كتاب الشهادات ص (ولان شهد باستحقاق وقال أنا بعته له) ش قال فى النوادر فى أوائل الجزء الثانى من كتاب الشهادات فى آخر ترجمة الرجل يشهد لغيره ولنفسه ما نصه سئلت عمن شهد لرجل استحق ثوبا انه بعته أنا منه فأجبت بأنه لا تجوز شهادته لان من شهد له بشئ انه ملكه بشرائه إياه من فلان فلا تتم فيه الشهادة حتى يقولوا ان فلانا البائع علمنا انه يملكه أو يحوزه حيازة المالك حتى باعه من هذا فهذا الشاهد البائع لم يثبت ملكه للثوب الا بقوله انتهى

(ولا عالم على مثله) عن ابن عباس رضي الله عنه قال خذوا العلم حيث وجدتم ولا تقبلوا شهادة الفقهاء بعضهم على بعض لانهم يتغايرون كما يتغاير التيوس في الزريبة وقال ابن وهب لا تجوز شهادة القارئ على القارئ يعني العلماء لانهم أشد الناس تحاسدا وقاله سفيان الثوري وقال ابن عرفة العمل اليوم على خلاف هذا وشهادة ذوي القبول منهم مقبولة بينهم كغيرهم انتهى وانظر كثيرا ما يكون هذا التغاير في خلافهم في تحقيق المناظرات التي لا يمكن أن ينقطع فيها الاجتهاد أبدا فانظر كيف اختلفت الائمة الاربعة في البيع قبل القبض مع قبولهم حديث من ابتاع طعاما الحديث ومثل هذا يقع للاولياء نفعنا الله بهم ذكر صاحب كتاب المعارج انه قد يفضي انكار القوم بعضهم على بعض الى أن يكفر بعضهم بعضا وذلك من أجل أن يحكم بحاله على غيره قال أبو حامد في احيائه ولذلك تختلف أجوبتهم وهذا معنى قول تاج الدين تنوعت أجناس الاعمال لتنوع واردات الاحوال وواردات الاحوال ما يرد على القلوب من المعارف فقد يكون وارد يريد قبضا وآخر يريد بسطا أو هيبة أو أنسا أو رجاء أو خوفا وانظر قضية يحيي وعيسى عليهما السلام حين التقيا فقال أحدهما لصاحبه كأنك آمن من مكر الله وقال الآخر له وأنت كأنك آمن من روح الله فتنوع ما ظهر عليهما لتنوع واردات أحوالهما وكل منهما صادق بنسبة فهذا يجب تحسين الظن بالجميع ولا نسمع كلام البعض في البعض لاجل غيرتهم على الدين لا تحاسدهم (ولا ان أخذ من العمال أو أكل عندهم) سحنون من قبل الجوائز من العمال المضروب على أيديهم سقطت شهادته ومن كانت منه الزلة (١٧٣) والفلتة فغير مردود الشهادة لان الامر الخفيف من الزلة والفلتة لا يضر في العدالة والمدمن على الأخذ منهم ساقط الشهادة وأما جوائز الخلفاء فجائزة لا شك فيها لاجتماع الخلق على قبول العطية من الخلفاء ممن يرضى منهم وممن لا يرضى وما يظلم فيه قليل في كثير * ابن رشد قوله قبوله من العمال جرحة ومعناه عندي عمال الجباية الذين انما جعل لهم قبض الأموال وتحصيلها دون وضعها في وجوهها بالاجتهاد وأما الأمراء الذين فوض لهم الخليفة أو خليفته قبض الأموال وصرفها في وجوهها باجتهادهم كالحجاج وشبهه من أمراء البلاد المفوض جميع الأمور فيها اليهم فجوائزهم كجوائز الخلفاء وأما القضاة والاجناد والحكام فلهم أخذ أرزاقهم من العمال المضروب على أيديهم وان كان المجبي حلالا لكن لم يعدل في قسمه فالأكثر على جواز أخذ الجائزة منهم وكرهه بعضهم وان شاب المجبي حلال وحرام فالأكثر على كراهة الأخذ منه ومنهم من أجازه وان كان المجبي حراما فمنهم من حرم أخذ الجائزة والرزق على عمل من الأعمال منهم وروى هذا عن مالك ومنهم من أجازه ومنهم من كرهه اه كلام ابن رشد والذي نقل ابن يونس في جامعه وابن أبي زيد في مختصره قال مالك من قول أهل المدينة ان من بيده مال حرام فاشترى به دارا أو ثوبا من غير أن يكره على البيع أحدا فلا بأس أن تشتري أنت تلك الدار أو الثوب من الذي اشتراه بالمال الحرام وقد تقدم في الشفعة انه يجوز أن يشفع في الشقص المشترى بالمال الحرام ويبقى النظر في قبول هبة هذا المشتري بالمال الحرام ومع كون مشتريه مستغرق الذمة فمنع ابن القاسم ذلك لان من أحاط الدين بماله لم تجز صدقته ولا هبته قال ابن رشد وأجاز قبول هذا المشتري هبة * ابن سحنون وابن حبيب قال ابن حبيب وكذلك هؤلاء العمال ما اشتروه في الأسواق فأهدوه لرجل طاب للمهدى له قال ابن رشد وجه هذا كله ان الحرام ترتب في ذمة البائع والمهدى فهو المأخوذ به والمسئول عنه وفي المدونة من أودعته دنانير فابتاع بها سلعة فليس لك أخذها انما لك أخذ دنانيرك وفيها ان غصب دنانير فاشترى بها شقصا كانت فيه الشفعة للشفيع لانها اذا استحقت غرم مثلها ولم ينقض البيع وانظر ابن بطال من الجنائز نقل عن الطبري من كان من أهل

(فرع) قال في الترجمة المذكورة ومن كتاب ابن سحنون عن أبيه وان شهد رجل لرجل في سهم في شرب عين أو نهر أو حوائض وكان أصل ذلك بينه وبينه فقاسمه ثم شهد له الآن بملكه لذلك الذي صار له في القسم من أصل عين أو أرض قال شهادته له فيه جائزة اه (فرع) قال في الطرر في ترجمة استئجار راع لغنم بأعيانها في الراعي اذا ادعى أن بعض الغنم التي يرعاها له أو لشخص أنه لا يصدق فيما يدعيه لنفسه الا أن يأتي بسبب يدل على صدقه فيحلف معه قال وأما ان أقر بشيء منها لغير الذي استأجره فهو شاهد له تقبل شهادته ان كان عدلا وسواء كان يأوي الراعي الى داره أو الى دار الذي استأجره انتهى آخره باللفظ وتقدم بعضه عند قول المصنف في باب الاجارة وهو أمين ص * ولا عالم على مثله * ش قال ابن عرفة فرع قال في الطرر في ترجمة تقييد عداوة مال بعض أهل الشورى ان شهادة أهل المذهب جائزة على جميع المسلمين يريد أصحاب أبي حنيفة والشافعي وغيرهما وقال في الاستغناء ان هذا اجماع ص * ولان أخذ من العمال أو أكل عندهم

الاسلام بيده مال لا يدرى من حرام كسبه أو من حلال فانه لا يحرم قبوله لمن أعطيه بعد أن لا يعلمه حراما بعينه قال و بنحو هذا قالت الأئمة من الصحابة والتابعين ومن كرهه فانما ركب فى ذلك طريق الورع وتجنب الشبهات لان الحرام لا يكون الا بينا غير مشكل ونحو هذا قال أبو عمر فى تمهيده وانظر فى حديث سمرة وقال سفيان جوائز السلطان أحب الى من صلة الاخوان لانهم لا يمنون والاخوان يمنون وكانت هدايا المختار تأتى ابن عمر وابن عباس وقال الحسن لا يرد عطاياهم الا أحمق أو مراء وهذا فيما لا يعلم فيه الحرام بعينه اه من التمهيد قال ابن بطال وسئل النخعى عن الرجل يرث الميراث منه الحلال ومنه الحرام قال لا يحرم عليه الا الحرام بعينه وفى طرر ابن عات من عمل عمل السلطان فظلم الناس أو كان قاهرا غاصبا أو قاطعا للسبيل أو سارقا أو تاجرا عمل بالربا ثم مرض وأراد أن يتخلص وأنال من ذلك كله وأراد أن يوصى بماله كله عن ذلك وقال أنا قد نلت من أموال الناس أكثر من جميع مالى ولا أعرف أصحابه فأنا أوصى بجميع مالى عن ذلك كله للمساكين لم يكن له ذلك اذا أبى ورثته عن ذلك وجاز له الثلث وكان ينبغى أن يفعل ذلك فى صحته اه وانظر (١٧٤) آخر الثلث الوسط من نوازل ابن رشد من استفاد مالا لا يلزمه أن يصرفه فى نفقة تباعته وحكمه حكم اللقطة وحكم من وجد فى المشترى من المغنم كبة خيوط بدرهم فوجد فيها صليبا ذهبا يكون فيه سبعون دينارا فى سماع أشهب فانظر هذا الفقه والفقه الذى تقدم فى الطرر هل يقتضيه قول ابن القاسم ان المستغرق الذمة بالمال الحرام يعامل فيما بيده بالقيم ولا يقبل منه على وجه العطية بل من تمكن بشئ مما بيده وجب عليه ضمانه للمساكين وقد تقدم فى الوديعة فتيا المحاسب للذى سأله عن حبس وديعة لبعض أصحاب السلطان فقال له ان رددتها له فليتصدق بمثلها عن المساكين ان لم تعرف أربابها وعلى هذا لو جنى هذا المستغرق الذمة على دابة رجل فقتلها أو على ثوب فأفسده لما ساغ للمجنى عليه أن يغرمه شيأ لانه يدخل بذلك على أهل تباعاته نقصا وكذلك أيضا لا يسوغ لاجير أن يأخذ أجرة فى خدمته اياه ولا لحجام اجارة فى حجامته لانهم يدخلون بذلك على أهل تباعته نقصا ولو كانت الاجارة فيما يتعلق بماله لكان حكمها حكم مبايعته وعرف عياض بعبد الجبار المشهور بالورع دفع اليه جندى فرسه فركبه فنظر اليه أصحابه فقال مالكم اما ورع نقص واما علم زاد قال بعضهم ولعله تصدق بقدر انتفاعه به وعرف عياض بابن مجاهد الالبيرى لما زار الجيرى بالزهراء وأكل معه ولم يكن له مال الا من السلطان فقيل له فى ذلك فقال لو أمسكت عن طعامه لكان جفاء عليه وقد قومت ما أكلت وأجمعت على الصدقة به وثواب ذلك لصاحبه ورأيت هذا أفضل من الشهرة والامساك عن طعامه والجفاء عليه (بخلاف الخلفاء) المتيطى لا تسقط الشهادة بقبض جوائز الخلفاء من يرضى منهم ومن لا يرضى بخلاف العمال المضروب على أيديهم فالقبول منهم مسقط للشهادة وكذلك الاكل عندهم الا اذا كان ذلك منهم الزلة والفلتة فلا ترد شهادتهم وأما المدمن الأكل عندهم فساقط الشهادة

بخلاف الخلفاء ✻ ش قال فى آخر سماع سحنون من كتاب الشهادات فى مسئلة طويلة سئل عنها سحنون وقد يكون الرجل يقبل صلة السلطان ويأكل طعامه وسلاطين هذا الزمان من قد علمت أتراه بذلك مجرحا ساقط الشهادة (فان قلت) ان ذلك جرحة فى شهادته فقد قبل جوائز السلطان من قد علمت من أئمة الهدى والعلم قد أخذ ابن عمر جوائز الحجاج والحجاج من قد علمت وأخذ ابن شهاب جوائز عبد الملك بن مروان وغيره من الخلفاء وأخذ مالك جوائز أبى جعفر (فان قلت) انهم يأخذون ذلك على وجه الخوف فان منهم من يأمن السلطان بترك الاخذ منه فلم نر الا خيرا وقد ذكر ان أبا جعفر أمر لمالك بثلاث صرر دنانير فاتبعه الرسول بها فسقطت منه صرة فى الزحام فلما أتاه بالصرتين سأله عن الثالثة فانكر أن يكون أخذ غير الصرتين فالزمه مالك بالثالثة وألح عليه فيها حتى أتى بها بعض من وجدها فدفعها اليه فمالك لم يفعل هذا الا متطوعا فان رأيت طرح شهادة من أخذ من السلطان لجميع القضاة منه يرزقون واياه يأكلون فقال سحنون من قبل جوائز السلطان ساقط الشهادة عندنا وأما الاكل فان كان ذلك منه الزلة والفلتة فغير مردود الشهادة وأما المدمن الأكل فساقط الشهادة وأما احتجاجك بقبول ابن شهاب ومالك لجوائز السلطان فقد قست بغير قياس واحتججت بما لا يحتج به من قبل ان قبول مالك لها من عند من تجرى على يده الدواوين وهو أمير المؤمنين وجوائز الخلفاء جائزة لا شك فيها على ما شرط مالك لاجماع الخلق على قبول العطاء من الخلفاء ممن يرضى به وممن لا يرضى به ولم نعلم أحدا من أهل العلم أنكر أخذ العطاء من زمن معاوية الى اليوم وأما قولك فى القضاة فانما هم أجراء المسلمين آجروا أنفسهم فلهم أجرهم من بيت مال المسلمين وأما ما ذكرت عن ابن عمر فقد سمعت على بن زياد ينكر

(ولا ان تعصب) انظر عند قوله ولا ان حرص على القبول (كالرشوة وتلقين خصم) ابن عات لاتجوز شهادة من تش ولا ملقن للخصومة فقيها كان أو غيره و يضرب على يديه و يشهر به فى المجالس و يعرف به و يسجل عليه وقد فعله بعض القضاة بقرطبة بكبير من الفقهاء لمشورة أهل العلم عنده انظر قبل هذا عند قوله ولم يفت فى خصومة وسئل بعض الشيوخ المتأخرين عن الهدية تأتى الفقيه عن الفتيا فقال ان كان ينشط فى الفتيا أهدى اليه أولم يهد اليه فلا بأس بها والا فلا يأخذها وهذا مالم تكن خصومة وانما يستفتيه فى شئ يعرض له والأحسن أن لا يقبل هدية من صاحب فتيا ولا مسئلة وهذا قول ابن عيشون وكان يجعل غير ذلك رشوة وقال عليه السلام من شفع لأخيه شفاعة وأهدى اليه هدية فقبلها فقد أتى بابا عظيما من أبواب الربا ومن هذا انقطاع الرعية الى العلماء والمتعلقين بالسلطان لدفع الظلم عنهم فيما دونهم لذلك وما أهدى الى الفقير رجاء العون على الخصومة فلا يحل له قبوله لانها رشوة وكذلك اذا تنازع عنده خصمان فأهديا اليه جميعا أو أحدهما يرجو أن يعينه فى حجته عند حكم اذا كان ممن يسمع منه فلا يحل أن يأخذ منهما ولا من أحدهما شيئا على ذلك (ولعب بنيروز) عبارة ابن عات يجرح الرجل بصنيعة النيروز والمهرجان اذ هو من فعل النصارى لقوله عليه السلام من أحب قوما فهو منهم (ومطل) فى نوازل ابن رشد سحنون مطل الغنى جرحة لقوله عليه السلام مطل الغنى ظلم * ابن رشد هذا بين على ما قاله بان المعروف بالمطل دون ضرورة جرحة لأنه اذاية للمسلم فى ماله ابن محرز ورأى بعضهم ان شهادة البخيل لا تقبل (وحلف بعتق وطلاق) فى الرسالة و يؤدب من حلف بطلاق أو عتاق و يلزمه قال مطرف وابن الماجشون ومن لزم ذلك واعتاده فهو جرحة فيه * المتيطى واستحسن مالك كتاب هشام أن يضرب من حلف بطلاق أو عتاق عشرة أسواط وكذلك الحالف بالمشى الى بيت الله ومن تكرر حلفه بذلك وعرف به كان جرحة فى شهادته وان بر فى حلفه به •

ذلك على ابن عمر و يدفعه قال ابن رشد قول سحنون ان قبول الجوائز من العمال المضروب على أيديهم جرحة تسقط الشهادة والعدالة صحيح ومعناه عندى اذا قبضوا ذلك من العمال على الجباية لانهم انما جعل اليهم قبض الأموال وتحصيلها دون وضعها فى وجوهها ومواضعها وأما الامراء الذين فوض اليهم الخليفة أو خليفة الخليفة قبض الأموال وجبايتها وتصريفها باجتهادهم كالحجاج وشبهه من الامراء على البلاد المفوض جميع الامور فيها اليهم فقبض الجوائز منهم كقبضها من الخلفاء فان صح أخذ ابن عمر جوائز الحجاج فهذا وجهه ثم تكلم على حكم أخذ القضاء والحكام الارتزاق من العمال الذين فوض اليهم النظر فى ذلك وضرب على أيديهم فيما سوى ذلك وأجاز لهم أخذ ذلك منهم ثم تكلم على حكم ما اذا كان المجبى حلالا أو حراما أو مشوبا بحلال وحرام وأطال فى ذلك فراجعه ان أردته والله أعلم ص ﴿ ولا ان تعصب ﴾ ش قال ابن فرحون من موانع الشهادة العصبية وهو أن يبغض الرجل الرجل لانه من بنى فلان أو من قبيلة كذا انتهى ص ﴿ وتلقين خصم ﴾ ش قال ابن فرحون ومن الموانع تلقين الخصم الخصومة فقيها كان أو غيره انتهى وقال فى المسائل الملقوطة لا تجوز شهادته فقيها كان أو غيره و يضرب و يشهر فى المجالس و يعرف به وسجل عليه وقد فعله بعض القضاة بقرطبة بكثير من الفقهاء بمشورة أهل العلم انتهى ص ﴿ ومطل ﴾ ش قال فى التوضيح فى باب الحوالة فرع واذا مطل الغنى ردت شهادته عند سحنون لانه ظالم لا عند محمد بن عبد الحكم خليل والظاهر أن من علم من صاحب الدين والاستحياء فى المطالبة أن ذلك كالمطل والله أعلم انتهى وزاد أبو الحسن فى القول الثانى مالم تكن عادته انتهى (فرع) قال فى التوضيح البخيل الذى ذمه الله ورسوله هو الذى لا يؤدى زكاة ماله فمن أدى زكاة ماله فليس ببخيل ولا ترد شهادته وقال بعض أصحابنا شهادة البخيل مردودة وان كان مرضى الحال يؤدى زكاة ماله انتهى وقال ابن فرحون قال ابن القاسم وقد اختلف فى شهادة البخيل وان كان يؤدى زكاته قال المازرى البخل منع الحقوق الواجبة وأما منع مالا يجب فالقدح به فى الشهادة مفتقر الى تفصيل يعرفه من يعرف الاستدلال بحركات الناس وطبائعهم وسيرهم فى دينهم وصدقهم انتهى ص ﴿ وحلف بطلاق وعتق ﴾ ش ظاهره أن مجرد الحلف بهما ولو مرة يكون جرحة والذى ذكره فى مختصر الواضحة فى أوائل كتاب الأيمان انه جرحة فى حق من اعتاد الحلف بذلك كما ذكره فى الواضحة وكما وقع ذلك فى كلام صاحب النوادر واللخمى وابن رشد والمتيطى وغيرهم ناقلين له عن مطرف وابن الماجشون وكلهم

(و بمجيء مجلس القاضي ثلاثا بلا عذر) سحنون لا يكون عدلا من أتى مجلس القاضي ثلاث مرات في غير حاجة (و بتجارة لأرض حرب) سحنون لا تجوز شهادة من تجر الى أرض العدو وأجازها أبو صالح في المختلفين الى أرض العدو اذا كانوا لا بأس بحالهم قال البرزلي كان شيخنا الامام يقول في السفر في مراكب الروم نظر في حال هذا كان بعض أهل الصلاح يركب معهم (و بسكنى مغصوبة أو مع ولد شريب و بوطء من لا توطأ) سحنون من وطىء جارية قبل أن يستبرئها أدب موجعا مع طرح شهادته ان كان عالما بمكروه ذلك فان كانت لم تبلغ المحيض ومثلها يوطأ فكذلك * ابن رشد ان كان الحمل مأمونا عليها لم تسقط به شهادته لرواية على أنه لا استبراء فيها (و بالتفاته في الصلاة) الاخوان وابن عبد الحكم وأصبغ من لا يقيم صلبه في ركوعه دون عذر لم تجز شهادته ابن كنانة ولو في النفل * ابن عرفة الاظهر ان علمت اقامته في الفرض جازت شهادته (و باقتراضه حجارة من المسجد) سحنون اذا تسلف من حجارة المسجد وردعوضها وقال ظننت أن هذا يجوز (وعدم احكام الوضوء والغسل والزكاة لمن لزمته) ابن كنانة لا تجوز شهادة (١٧٦) من لا يحكم الوضوء وكذلك من هو من أهل الصلاة بالتيمم لسفر أو مرض وهو لا يعرفه وكذا من لا يعرف قدر نصاب المال وهو من تجب عليه زكاته * ابن عرفة لا يكون ممن له مال كثير لا يفتقر في زكاته لتحقيق قدر النصاب لانه لا يتوقف اخراجه على معرفة قدره وهذا في المال العين وأما في الماشية والزرع فلا (وبيع نرد وطنبور) تقدم النص بهذا عند قوله وادامة شطرنج (واستحلاف أبيه) من المدونة قال مالك لا أرى أن يستحلف الاب للابن في دعواه عليه قال ابن القاسم فان شح الابن في استحلاف أبيه أحلف له وكانت جرحة على الابن وفي كتاب ابن المواز وذلك عقوق اذا استحلفه أو أخذ منه حدا ولا تجوز شهادته ولو عذر بجهالة أو كان حقه حقا (وقدم في المتوسط بكل) اللخمي يسمع الجرح في الرجل المتوسط العدالة مطلقا (وفي المبرز بعداوة أو قرابة وان بدونه كغيرهما على المختار) اللخمي و يسمع الجرح في الرجل المبرز والمعروف بالفضل والصلاح اذا طلب ذلك المشهود عليه من باب العداوة والهجرة أو القرابة أو ما أشبه ذلك واختلف هل يقبل فيه الجرح من وجه الاسفاه فمنعه أصبغ وأجازه سحنون وقال يمكن الخصم من تجريح الرجل البين الفضل والمبرز ولم يفرق بين جرحه بالاسفاه وغيرها واختلف بعد القول بقبول تجريحه و يقبل ذلك على أربعة أقوال أحدها لسحنون والثاني لابن الماجشون والثالث لابن عبد الحكم والرابع لمطرف قال يجرح الشاهد بمن هو مثله وفوقه ودونه بالاسفاه والعداوة * اللخمي وهذا أحسن لان الجرح مما يكتمه الانسان في نفسه فيطلع عليه بعض الناس وهي بشهادة وعلم عنده يؤديه مثل سائر الشهادات والاستحسان اذا كان الشاهد ليس بالمبرز قبل جرحه من عدل من غير مراعاة هل هو مثله أو دونه وان كان مبرزا قبل من مبرز كان أيضا مثله أو دونه وليسئل الجرح بماذا يجرحه فان ذكر وجها لا يمكن أن يخفى مثله على الناس ولا يشبه أن ينفرد ذلك بمعرفته لم يقبل ذلك

قبلوه وقد نقلت كلامهم في الحاشية على رسالة ابن أبي زيد عند قول صاحب الرسالة و يؤدب من حلف بطلاق أو عتاق وقال ابن فرحون من الموانع اعتياد الحلف بالطلاق والعتاق انتهى فالجرحة انما تكون لمن اعتاد ذلك والله أعلم (تنبيه) ذكر الشارح هنا حديث الطلاق والعتاق من ايمان الفساق وذكره الفاكهاني في شرح الرسالة عن ابن حبيب وقال السخاوي في المقاصد الحسنة لم أقف عليه ولم يذكر ابن فرحون الحديث ولم يذكره ابن حبيب في الواضحة في كتاب الايمان ص * و بمجيء مجلس القاضي ثلاثا بلا عذر * ش لم يبين البساطي ولا الشارح في الوسط معنى قوله ثلاثا هل ثلاث مرات في اليوم أو ثلاثة أيام متواليات وقال الشارح في الشرح الصغير ثلاث مرات في اليوم و ربما فهم منه أن مجيئه ثلاثة أيام متواليات لا يقدح مع أنه قادح فينبغي أن يفسر به كلام المؤلف ليدخل الاول من باب أحرى قال ابن فرحون ومن الموانع اتيان مجلس القاضي ثلاثة أيام متواليات من غير حاجة لان في ذلك اظهار منزلته عند القاضي و يجعل ذلك مأكلة للناس و ينبغي للقاضي أن يمنعه من ذلك انتهى وقال في العارضة في كتاب الزكاة في كون الصحابة جلوسا حول النبي صلى الله عليه وسلم ما نصه هذا يدل على جواز الجلوس للناس حول القاضي يسمعون قضاءه و يتعلمون أعماله وقال الفقهاء لا يجلس حوله وذلك منقسم أما من كان قصده التعلم و يظن ذلك فليقرب ومن كانت ارادته الدنيا ليس العلم فليباعد ومن كان قصده التعلم و يطوي في ذلك نيل معاش حلال فيمكن وذلك بحسب ما يظهر للعالم القاضي من شمائل أو فراسة انتهى ص * وسكنى مغصوبة * ش قال ابن فرحون من الموانع ان يسكن في دار يعلم أن

سنه وان كان مما يخفى مثله قبل من يجرحه وجاز ذلك (و زوال العداوة والفسق بما يغلب على الظن بلاحد) ابن عرفة جرحة الفسق تزول بالتوبة الشرعية وهي مستوفاة في علم الكلام الذي هو أصل الفقه * المازرى لا تقبل شهادته بمجرد قوله ثبت انما تقبل بدلالة حاله والقرائن على صدقه مع اتصافه بصفات العدالة ولا توقيت في ذلك ووقته بعض العلماء والتحقيق ما قلناه قال ابن الحاجب وزوال العداوة كالفسق قال ابن عرفة لا أعرف هذا لغيره راجعه فيه (ومن امتنعت له لم يزك شاهده ويجرح شاهدا عليه ومن امتنعت عليه فالعكس) ابن الحاجب ومن امتنعت له امتنعت في تزكية من شهد له وتجريح من شهد عليه ومن امتنعت عليه امتنعت في العكس * ابن عرفة أقل من شطر عدد كلماته التزكية في شيء به كشهادته به والتجريح فيه كشهادة بنقيضه علة الجميع جر نفع أو دفع ضر (الا الصبيان) قال المقرى كل من ليس بحر مسلم مكلف عدل مستعمل لمروءة مثله لا تقبل شهادته الا بعض ذكور صبيان المسلمين الاحرار على بعض في الدماء * ابن عرفة شهادة الصبيان الذكور في جراحهم المذهب صحتها وشرط القاضى أن يكونوا ممن يعقل الشهادة * ابن عرفة لقولها تجوز وصية ابن عشر سنين أو أقل مما يقاربها (لا نساء في كعرس) اللخمى في الحاق النساء بالصبيان فيما يقع بينهن من الجراح في المآتم والعرس والحمام نقل الجلاب في ذلك قولين ولو لم تكونا عدلتين لانه موضع لا يحضره العدول وأرى أن يقسم معهما في القتل * ابن عرفة ظاهر الجلاب ان المذهب سقوطها (في جرح أو قتل) ابن سحنون قلت لسحنون لم أجزت شهادة الصبيان بينهم في الجراح ولم تجزها في الحقوق والأموال قال للضرورة لان الحقوق يحضرها الكبار * قلت فيلزمك أن تجيزها في غصب بعضهم بعضا قال هذا موضع اتباع الماضين ولا وجه للقياس فيما هو سنة أو كالسنة (والشاهد حر) ابن رشد أما الصبيان للماليك ولا أحفظ في المذهب خلافا ان شهادتهم لا تجوز وكذا صبيان أهل الذمة (مميز) تقدم شرط القاضى هذا قبل قوله لا نساء (ذكر تعدد) من المدونة قال مالك لا تجوز الا شهادة اثنين منهم فاكثر ولا تجوز شهادة واحد ولا تجوز أيضا شهادة الاناث من الصبيان وان كثرن (ليس بعدو ولا قريب) ابن القاسم لا تجوز لقريب ولا لعدو منهم اذا ثبتت العداوة * محمد ولم يختلف انه لا ينظر الى عدالة ولا الى جرحة فيهم (ولا خلاف بينهم) ابن الماجشون لو شهد صبيان أن صبيا قتل صبيا وشهد آخران ليس منهما القاتل وان دابة أصابته جبارا قال تمضى شهادة الصبيين على القتل وقال بعض فقهاء القرويين هذا اختلاف يوجب سقوط شهادتهم انتهى نص ابن يونس وانظر قوله قال بعض فقهاء القرويين وقد قال في التلقين ما نصه وأما شهادة الصبيان في الجراح والقتل فتقبل على شروط تسعة منها أن تكون شهادتهم متفقة غير مختلفة ومنها أن يكون ذلك بينهم خاصة لا لكبير على صغير ولا لصغير على كبير وفرقة قال مالك تجوز شهادة الصبيان بعضهم على بعض في القتل والجراح ما لم يفترقوا أو يخببوا * محمد أو يدخل بينهم كبير الباجى التخبيب أن يدخل بينهم كبير على وجه يمكنه أن يلقنهم * ابن فتوح معنى يخبب أى يعلموا (الا أن يشهد عليهم قبلها) ابن المواز اذا قيدت شهادة الصبيان قبل تفرقهم بالعدول لم يبطلها رجوعهم الا أن يتراخى الحكم حتى يكبروا ويعدلوا فيؤخذوا برجوعهم اذا أيقنوا أنهم شهدوا بالباطل وقال نحوه سحنون (ولم يحضر كبير أو يشهد عليه أوله) تقدم نص التلقين بهذا فانظره مع ما يتقرر لابن يونس قال ما نصه ابن المواز اذا دخل بينهم كبير رجل أو امرأة شاهدا أو مشهودا له أو عليه لم تجز شهادة الصغار لان الكبير يعلمهم الا كبير مقتول لم يبق حتى يعلمهم (ولا يقدح رجوعهم) قد تقدم قول ابن المواز لم يبطلها رجوعهم (ولا تجريحهم) تقدم نص محمد لم يختلف انه لا ينظر الى عدالة ولا الى جرحة في الصبيان

أصلها مغصوبة انتهى وقال ابنه ومن ذلك معاملة أهل الغصوب والسلف منهم وقال بعده ومنه الطحن في الرحا المغصوبة اذا علم ذلك انتهى ص ﴿والشاهد حر﴾ ش يريد محكوما باسلامه كما قاله في الشامل وغيره ص ﴿ولم يحضر كبير﴾ ش أطلق رحمه الله في الكبير فظاهره سواء كان الكبير ممن تجوز شهادته أو ممن لا تجوز شهادته فيفهم منه ان علة عدم قبول شهادة الصبيان مع حضور الكبير انما هو لأجل خوف التخبيب وذلك انه اذا حضر بينهم كبير تجوز شهادته فشهادتهم ساقطة على المشهور خلافا لسحنون قال ابن الحاجب ولا تقبل شهادتهم مع حضور كبير رجل أو امرأة قال في التوضيح لم يخالف في ذلك الا سحنون في أحد قوليه انتهى واختلف في علة سقوط شهادتهم هل هو خوف التخبيب أو للاستغناء بشهادة الكبير ثم قال ابن الحاجب فان كان فاسقا أو عبدا أو كافرا فقولان قال في التوضيح أى الكبير الحاضر ان كان ممن

(وللزنى واللواط أربعة) ابن عرفة شرط بينة الزنا كونها أربعة بنص التنزيل وحكم عمر * المازرى ولا خلاف فيه وروى محمد والشهادة فى اللواط كالزنا

لا تجوز شهادته كالكافر والفاسق والعبد فقال مطرف وابن الماجشون وأصبغ لا يضر حضورهم بشهادة الصبيان المازرى ولا خلاف منصوص فيه عندنا وقاله سحنون فى كتاب ابنه ثم توقف فالقول بعدم الاجازة على هذا ليس بمنصوص الا أنه لازم على التعليل بالتخبيب بل التخبيب فى حق هؤلاء أشد والاول مبنى على التعليل بارتفاع الضرورة بشهادة الكبير انتهى وتبعه على هذا فى الشامل فقال ولا يضر رجوعهم بخلاف دخول كبير بينهم خلافا لسحنون الا ان كان كافرا أو عبدا أو فاسقا على المنصوص انتهى فتبع صاحب الشامل المازرى فى أن القول بسقوط شهادتهم غير منصوص وجعل الرجراجى القول الثانى منصوصا ونصه اذا حضر كبير فان كان شاهدا عدلا فلا خلاف ان شهادة الصبيان ساقطة لوجود الكبير العدل وان كان ليس بعدل فالمذهب على قولين أحدهما أن شهادتهم جائزة وهو قول ابن الماجشون وأصبغ وروى ابن سحنون عن أبيه مثله والثانى ان شهادتهم لا تجوز لحضور الكبير وان كان ليس بعدل وهو قول ابن سحنون فى كتاب أبيه وان كان مشهودا عليه فلا تجوز شهادتهم عليه باتفاق وكذا شهادتهم فى الجراح أو فى النفس ان كان عاش حتى يعرف ما هو فيه وان مات من ساعته جازت شهادتهم له انتهى وصرح ابن يونس بالقول الثانى ونصه بعد أن حكى قول مطرف وابن الماجشون وأصبغ وهذا خلاف ما فى كتاب ابن المواز لانه قال فيه انما يتقى من الكبير ان يعلمهم أو يخببهم فلا تراعى فى ذلك الجرحة انتهى ونقله أبو الحسن وزاد فقال حاصله قولان فنظر مطرف ومن معه للضرورة واذا كان الكبير غير عدل لم ترتفع الضرورة وانظر ابن المواز للتخبيب والتعليم وهو من غير العدل أكثر انتهى (تنبيه) قال فى المدونة وتجوز شهادة الصبيان بعضهم على بعض فى القتل والجرح مالم يفترقوا أو يخببوا قال الرجراجى والتخبيب تعليم الخبث وهو ان يدخل بينهم كبيرا وكبار على وجه يمكنهم أن يلقنوهم الكذب ويصدونهم عما يحصل عندهم من يقين أو يزينوا لهم الزيادة فيها والنقصان منها فاذا كان ذلك لم تقبل وبطلت انتهى وقال ابن عرفة شرط ابن الحاجب فى شهادتهم كونها قبل تفرقهم ابن عبد السلام هذا مراد الفقهاء بقولهم مالم يخببوا فان افتراقهم مظنة مخالطتهم من يلقنهم ما يبطل شهادتهم (قلت) مقتضى قولها تجوز شهادة الصبيان مالم يفترقوا أو يخببوا مع اختصارها أبو سعيد كذلك انهما غير مترادفين وكذا لفظ اللخمى قبل تفرقهم وتخبيبهم ثم قال الباجى التخبيب أن يدخل بينهم كبير على وجه يمكنه أن يلقنهم انتهى وقال الجزولى فى شرح قول الرسالة أو يدخل بينهم كبير قال أبو عمران هذا تفسير لقول مالك أو يخببوا ومنهم من قال قوله أو يدخل بينهم كبير بعد المعركة وقبل الافتراق وكان يتلقى منهم الشهادة فقال انما هذا اذا دخل بينهم الكبير على وجه التخبيب وأما اذا كان على جهة سماع الشهادة فيجوز ويعرف ذلك بالقرائن مثل أن يكون هذا الداخل عدلا لا يتهم والفاسق يتهم انتهى وقال اللخمى واختلف اذا خالطهم رجل هل تسقط الشهادة لامكان أن يكون خببهم ووقف الشهادة أولى وان كان عدلا وقال لا أدرى من رآه ثبتت شهادة الصبيان انتهى اذا علم ذلك فالفرع الذى أشار اليه المصنف بقوله ولم يحضر كبير وأشار اليه ابن الحاجب غير الذى أشار اليه صاحب الرسالة بقوله ولم يدخل بينهم كبير لان المصنف أراد الحضور وقت الجراح أو القتل وكلام الشيخ ابن أبى زيد فيما اذا حضر بعد ذلك والظاهر أنه حينئذ ينظر فان كان يمكن منه التخبيب سقطت شهادتهم وان كان عدلا لم تسقط كما يفهم ذلك من كلام اللخمى أيضا والله أعلم ص ﴿وللزنا واللواط أربعة﴾ ش أى على فعل

(بوقت و رؤية اتحـدا) من المدونة وجه الشهادة فى الزنا أن يأتى الاربعة الشهداء فى وقت واحـد يشهدون على وطء واحد فى
موضع واحـد بهذا تتم الشهادة (وفرقوا فقط انه أدخـل فرجه فى فرجها) من المدونة ينبغى للقاضى أن يكشف الشهود بالزنا
عن شها دتهم كيف رأوه وكيف صنع فان رأى فى شهادتهم ما يبطلها أبطلها وفى المجموعة قال ابن القاسم كل الشهود لا يفرقون ولا
يسئلو ن ان كانوا عدولا الا فى الزنا فانهم يفرقون و يسئلون انه أدخل فرجه فى فرجها * مالك لا تتم شهادتهم حتى يقولوا كالمرود
فى المكحلة فى البكر والثيب الغزالى ونيط الزنا بهذا وهـذا قط لا يتفق فهذا من أعظم الادلة على طلب الشرع لستر الفواحش
فانظر الى الحكمة فى جرحهم فى باب الفاحشة بايجاب الرجم الذى هو أعظم العقوبات ثم انظر الى كشف
ستر الله كيف أسبله على
العصاة بتضييق الطريق
فى كشفه فنرجوا من الله
أن لا نحرم هـذا من هذا
الكرم يوم تبلى السرائر
(ولكل النظر للعورة)
من المـدونة قيل ان شهد
أربعـة على رجـل بالزنا
فقالوا تعمـدنا النظر
اليهما لنثبت الشهادة قال
كيف يشهد الشهود الا
هكـذا وناقض هذا ابن
هار و ن بعدم اجازته فى
اختلاف الزوجـين فى
عيوب الفرج وكذا اذا
اختلفا فى الاصابة وهى
بكر انها تصدق ولا ينظرها
النساء قال القرويون
ذلك مشـكل * ابن عرفة
يرد هذا بثلاثة أوجه الأول
الحـد حق لله وثبوت
العيب حق لآدمى وحق
الله آ كد لقولها من
سرق وقطع يد رجل عمدا
قطع للسرقة وسقط القصاص الثانى ما لاجله نظر وهو الزنا محقق الوجود أو راجحه وثبوت العيب محتمل على السوية الثالث
المنظور اليه فى الزنا مغيب الحشفة ولا يستلزم ذلك من الاحاطة بالنظر الى الفرج ما يستلزمه النظر الى العيب وقال اللخمى ان
لم يكن هـذا الزانى معروفا بالفساد ففى تعمد النظر اليهما نظر يصح أن يقال لا يكشفون ولا تتحقق عليهم الشـهادة لان الشهود
لو تبين لهم ذلك استحب لهم أن لا يبلغوا الشهادة و يصح أن يقال ليتعمد النظر خوف أن يحدوا قاذفه ولكن الستر أولى لان مراعاة
قذفه نادر ابن عرفة ولقولها من قذف وهو يعلم انه قد زنى حلال له القيام بحد من قذفه * ابن عرفة وهذا كله ان عجز الشهود عن
منع الفاعلين اتمام ما ابتدآه من الفعل ولو قدروا على ذلك بفعل أو قول فلم يفعلوا بطلت شهادتهم لعصيانهم بعدم تغيير هذا المنكر

الزنا واللواط وأما على الاقرار به فلا يحتاج الى الشهادة به على القول الذى مشى عليه المؤلف ان
المقر بالزنا يقبل رجوعه عن الاقرار ولو لم يأت بشبهة وهو قول ابن القاسم لان انكاره كتكذيب
نفسه قاله فى التوضيح فى باب الشهادات وفى باب الزنا والله أعلم ص ﴿ بوقت ورؤية اتحدا ﴾ ش
يعنى بالوقت المتحد ان يأتوا بشهادتهم فى وقت واحد قاله المؤلف فى قول ابن الحاجب مجتمعين غير
مفترقين وما ذكره من اشـتراط اتحاد الرؤية هو المشهور انه لا تلفق الشـهادة فى الافعال قاله فى
التوضيح (تنبيه) قال ابن عرفة وسمع عيسى ابن القاسم فى الشهادة على الشهادة فى الزنا لا تجوز
حتى يشهد أربعة على أربعة فى موضع واحد و يوم واحـد و ساعة واحدة فى موقف واحد على صفة
واحدة ابن رشد ليس من شرطها تسمية الموضع ولا اليوم ولا الساعة انما شرطها عند ابن القاسم ان
لا يختلف الاربعة فى ذلك فان قالوا رأيناه معا يزنى بفلانة غائبا فرجه فى فرجها كالمرود فى المكحلة
تمت شـهادتهم وان قالوا الا نذكر اليوم ولا نحـدّ الموضع وان قالوا فى موضع كذا و يوم كذا أو ساعة
كذا من يوم كذا كان أتم وان اختلفوا فى الموضع أو الايام فقال بعضهم كان ذلك فى موضع كذا وقال
بعضهم بل كان فى موضع كذا أو قال بعضهم بل كان فى يوم كذا وقال بعضهم بل كان فى يوم كذا بطلت
شهادتهم عند ابن القاسم وجازت عند ابن الماجشون لانهم اختلفوا فيما لو لم يذكروه تمت شهادتهم
ولم يلزم الحاكم أن يسألهم عنه انتهى ومنـه فى الموازية ان قال أحـدهم زنا بها منـكبة وقال بعضهم
مستلقية بطلت الشهادة وحدوا للقذف انتهى ومنه أيضا وسمع عيسى ان شهد أربعة بزنا رجل بامرأة
شهد اثنان بانها طاوعته واثنان بانه اغتصبها حد الاربعة ص ﴿ ولكل النظر للعورة ﴾ ش ذكر
ابن عرفة نص المدونة فى هذه المسئلة وذكر معارضتها بمسئلة عدم اجازة النظر للفرج فى اختلاف
الزوجين فى العيب وذكر جواب ابن عبد السـلام ورده ثم ذكر ثلاثة أجوبة ثم قال فى آخر كلامه
(قلت) وهذا كله ان عجز الشهود عن منع الفاعلين من اتمام ما قصداه أو ابتدآه من الفعل ولو قدرا
على ذلك بفعل أو قول فلم يفعلا بطلت شهادتهم لعصيانهم بعدم تغيير هذا المنـكر الا أن يكون فعلهما
بحيث لا يمنعه التغيير لسرعتهما انتهى ونقله ابن غازى ولم يتعقبه وهو ببادئ الرأى ظاهر ولكن
صرح ابن رشد فى البيان فى ثالث مسئلة من سماع أصبغ بن الفرج من كتاب الحدود فى السرقة
بخلافه ونصه مسئلة قال ابن القاسم فى الرجل يرى السارق يسرق متاعه فيأتى بشاهـدين لينظرا

(وندب سؤالهم) من المدونة قال مالك في الشهود في الزنا ينبغي للامام أن يسئلهم عن شهادتهم قال ابن القاسم كيف رأوه وكيف صنع فان كان في ذلك ما يدرأ به الحد درأه محمد فان غابوا قبل أن يسئلهم عن شهادتهم قال ابن القاسم غيبة بعيدة أو ماتوا أقام الحد بشهادتهم (كالسرقة ماهي وكيف أخذت) ابن الحاجب ينبغي للحاكم أن يسئل الشهود بالسرقة ماهي وكيف أخذها ومن أين والى أين (وماليس بمال ولا آيل له كعتق وكتابة ورجعة عدلان) ابن شاس الشهادات في العدد على ثلاثة مراتب أعلاها بينة الزنا عددها أربعة الثانية ماعدا الزنا مماليس بمال ولا يؤل الى مال كالنكاح والرجعة والطلاق والعتق والاسلام والردة والبلوغ والولاء والعدة والجرح والتعديل والعفو عن القصاص وثبوته في النفس والاطراف فيها على خلاف فيها وثبوت النسب والموت والكتابة والتدبير وشبه ذلك شرط ذلك كله العدل والذكورية وانما تثبت بشهادة رجلين ولا تثبت برجل وامرأتين أنظر في الرسالة عند قوله ومائة امرأة كامرأتين قال شارحها أنظر لو حصل العلم للحاكم بشهادة جماعة النسوة قال اللخمي يخرج هذا على باب الشهادة ويكتفى بهن وقاله ابن رشد في

اليه ويشهدا عليه بسرقته فينظران اليه ورب المتاع معهم قال لو أرادا أن يمنعه منه قال ليس عليه قطع ونحن نقول انه قول مالك قال أصبغ أرى عليه القطع قال محمد بن رشد قول أصبغ أظهر لانه أخذ المتاع مستترا به لا يعلم ان أحدا يراه لا رب المتاع ولا غيره كمن زنا والشهود ينظرون اليه ولو شاؤا أن يمنعوه منعوه وهو لا يعلم ان الحد عليه واجب بشهادتهم ووجه قول ابن القاسم وما حكاه انه من قول مالك هو انه رآه من ناحية المختلس لما أخذ المتاع من صاحبه وهو ينظر اليه وليس بمنزلة المختلس على الحقيقة إذ لم يعلم هو بنظر صاحب المتاع اليه انتهى بلفظه فتأمله ص ﴿ وندب سؤالهم كالسرقة ماهي وكيف أخذت ﴾ ش قال في أول كتاب السرقة من المدونة وينبغي للامام اذا شهدت بينة عنده على رجل انه سرق مايقطع في مثله أن يسألهم عن السرقة ماهي وكيف أخذت ومن أين أخذها والى أين أخرجها كما يكشفهم عن الشهادة على رجل بالزنا فان كان في ذلك ما يدرأ به الحد درأه انتهى قال أبو الحسن قوله ماهي هذا سؤال عن جنسها لان السؤال بما انما يكون عن الحقيقة والماهية وقوله كيف هي أي كيف صفة أخذها وقوله من أين أخذها هل من حرز أم لا والى أين أخرجها هل أخرجها من الحرز أو أخذ قبل أن يخرجها ثم قال وقوله ينبغي معناه والله أعلم يجب لانه قد يكون في شهادتهم مايسقط الحد فيؤدّى ذلك الى أن يقطع عضو اشريفا لقوله عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات انتهى وقال في أول كتاب الزنا من المدونة وينبغي اذا شهدت بينة عنده على رجل بالزنا أن يكشفهم عن شهادتهم وكيف رأوه وكيف صنع فان رأى في شهادتهم ماتبطل به الشهادة أبطلها انتهى قال أبو الحسن أنظر قوله ينبغي هل معناه يجب أو هو على بابه الأقرب الوجوب كما قال في السرقة أو يفرق بين البابين وأن السرقة اختلف في نصابها اختلافا كثيرا وفي الزنا لم يختلف الا أن يقال في الزنا أيضا شديد لانه قيل زنا العين النظر واليدان تزنيان الى غير ذلك فيجب الكشف عن هذا لئلا يظن الشاهد أن ذلك زنا انتهى فحاصل كلامه في الموضعين أنه يميل الى أن ينبغي للوجوب وهو الظاهر فتأمله (تفريع) قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب وينبغي للحاكم أن يسألهم في السرقة الى آخره قال ابن المواز فان غابوا قبل أن يسألهم غيبة بعيدة أو ماتوا أنفذت الشهادة وأقيم الحد قال وان كان الشهود أكثر من أربعة فغاب منهم أربعة بعد أن شهدوا لم يسأل من حضر وثبت الحد لان من حضر لو رجعوا عن شهادتهم لثبت الحد بمن غاب ورأى بعض الشيوخ ان غيبة أربعة لا يمنع سؤال من حضر لاحتمال أن يذكر الحاضرون ما يوجب التوقيف عن شهادة الغائبين والحاضرين جميعا وقيد اللخمي قول محمد اذا غابوا بما اذا كانوا من أهل العلم بما يوجب الحد انتهى ص ﴿ ولماليس بمال ولا آيل اليه ﴾ ش يريد وليس بزنا ولا مما يختص به النساء واكتفى الشيخ عن ذكر الزنا بما تقدم وعن ذكر مايختص بالنساء بما سيذكره ومما لا يكفي فيه الشاهد واليمين اسقاط الحضانة نقله ابن ناجي في شرح قول الرسالة ومن حبس دارا قال ومن ذلك الوصية لغير معين قال وكذلك الأدب بالشاهد واليمين ذكره ابن رشد ومن ذلك الطلاق والخلع كما صرح به ابن فرحون في تبصرته وقال الشيخ زروق في شرح الرسالة اختلف في الحاق ماهو آيل الى المال بالمال والمشهور الالحاق ثم قال وعلى المشهور فالخلع آيل الى المال وفيه خلاف انتهى (قلت) ان أراد أن المرأة اذا ادّعت على زوجها أنه خالعها على شئ من مالها فهذا من دعوى الطلاق ولا يثبت الا بشاهدين وان أراد ان الرجل ادّعى

الاجوبة (والافعدل وامرأتان) ابن شاس المرتبة الثالثة الاموال وحقوقها كالأجل والخيار والشفعة والاجارة وقتل الخطا وكل جرح لايوجب الا المال فيثبت برجل وامرأتين وكذا فسخ العقود وقبض نجوم الكتابة حتى النجم الأخير وان ترتب عليه العتق * وقال ابن عرفة مامتعلقه مال أو آئل اليه تتم فيه الشهادة برجل وامرأتين * ابن الحاجب ومن ذلك الوكالة بالمال أو الوصية به على المشهور (أو أحدهما بيمين) ابن الماجشون ماجاز فيه الشاهد واليمين جاز فيه شاهد وامرأتان مع اليمين ومن المدونة يحلف الطالب مع شهادة امرأتين فى الاموال و يقضى به له (كاجل وخيار وشفعة واجارة) تقدم نص ابن شاس بهذا (وجرح خطأ أومال) أنظر هذا التخصيص وهو قد قال بعد هذا أو قصاص فى جرح من المدونة قال مالك تجوز شهادة النساء فى جراح الخطا وقتل الخطا لأن ذلك مال وان شهد مع رجل على منقلة عمدا أو مأمومة عمدا جازت شهادتهن لأن العمد والخطا فيهما انما هو مال *مطرف قول مالك يجوز الشاهد واليمين فى الحقوق والجراح عمدها وخطؤها وفى المشاتمة عدا الحدود والفرية والسرقة والشرب والعتاق والطلاق قيل لابن القاسم لم قال مالك فى جرح العمد يحلف مع الشاهد وليست بمال قال قد كلمت مالكا فى ذلك فقال انه شئ استحسناه وما سمعت فيه شيأ (وأداء كتابة) قال مالك فى غير ما كتاب تجوز شهادة النساء فيما يؤدى الى طلاق وعتق ونقض عتق وحدهن مثل ان يشهدن على شراء الزوج لزوجته فيحلف وتصير ملكاله فيجب بذلك الفراق أو على أداء كتابة مكاتب فيحلف ويتم عتقه قال عبد الملك أو يشهدن بعد عتقه ان سيده كان باعه من فلان فيحلف و يرد عتقه قال مالك وكدين متقدم يثبت بشهادتهن مع يمين الطالب على مديان أعتق عبده فيحلف و يرد العتق قال مالك أو يقيم القاذف شاهدا وامرأتين ان المقذوف عبد فيزول الحد (وإيصاء بتصرف فيه) ابن المواز تجوز شهادة النساء فى الوصية مع يمين الموصى له مالم يكن فيها عتق ومن المدونة قال ابن القاسم اذا شهد النساء لرجل ان فلانا أوصى له بكذا جازت شهادتهن بذلك مع يمينه كما لو شهد بذلك رجل واحد * ابن شاس أجاز مالك وابن القاسم وابن وهب جواز اسناد الوصية التى ليس فيها الا المال بالشاهد الواحد والمرأتين خلافا لاشهب وابن الماجشون (أو بانه حكم له به) أنظر بنى هذا على قول مطرف انه اذا شهد واحد على حكم قاض فان كان الحكم فى مال حلف الطالب مع شاهده وثبت له القضاء وقال ابن الماجشون لايجوز شاهد و يمين على حكم قاض وان كان بمال فانظر أنت فى هذا (كشراء زوجته) تقدم قول مالك قد تجوز شهادة النساء انظره قبل قوله و إيصاء (وتقدم دين عتقا

على الزوجة أنها خالعته على شئ من مالها فهذه دعوى بمال لان الطلاق انما لزمه باقراره و يثبت المال بشاهد و يمين كما قاله فى المدونة فى كتاب ارخاء الستور ونصه وان صالحته على شئ هو فيما بينهما فلما أتى بالبينة لتشهد جحدت المرأة أن تكون اعطته على ذلك شيأ فالخلع ثابت ولا يلزمها غير اليمين فان نكلت حلف هو واستحق وان أتى الزوج بشاهد على مايدعى حلف معه واستحق انتهى ص ﴿ والافعدل وامرأتان ﴾ ش تصوره واضح (فرع) قال ابن رشد فى نوازله المشهور المعلوم من مذهب مالك رضى الله عنه وأصحابه ان شهادة النساء فى الاحباس عاملة لان الاحباس من الاموال ولا اختلاف ان شهادة النساء فى الاموال جائزة وانما اختلف فيما جرالى الاموال كالوكالة وانما يتخرج ان شهادتهن غير عاملة فى ذلك على مذهب ابن الماجشون وسحنون فى ان شهادة النساء لا تجوز الا حيث يجوز اليمين مع الشاهد اذا قلنا ان الحبس لايستحق باليمين مع الشاهد وفى ذلك بين أهل العلم اختلاف انتهى وقد عد ابن فرحون فيما يثبت بالشاهد والمرأتين والشاهد واليمين الحبس ص ﴿ وايصاء بتصرف فيه ﴾ ش ظاهر كلام الشيخ ان هذا مما يقبل فيه شاهد و يمين وامرأتان و يمين وشاهد وامرأتان ولكن الشارح بهرام والبساطى لم يذكرا الخلاف فيه الا فى الشاهد والمرأتين ومثل الايصاء بالتصرف فى المال الشهادة بالوكالة عليه كذا جمعهما ابن الحاجب واعلم ان ابن عبد السلام رحمه الله لماذكر مراتب الشهادة قال مانصه الثالثة الاموال ومايؤول اليها كالاجل والخيار والشفعة والاجارة وقتل الخطأ ومايتنزل منزلته مطلقا وجراح المال مطلقا وفسخ العقود ونجوم الكتابة وان عتق بها فيجوز لرجل وامرأتين وكذلك الوكالة بالمال والوصية به على المشهور اه قال فى التوضيح قوله وكذلك الوكالة بالمال أى وكله فى حياته ليتصرف له والوصية به أى أوصاه بأنه يتصرف فى أمواله بعد وفاته انتهى ولم يذكر المؤلف ولا ابن عبد السلام ان الشاهد واليمين يجوزان على الوكالة والوصية وانما تكلما فيما تكلم عليه ابن الحاجب ثم ان ابن عرفة لما تكلم على هذه المسئلة ذكر هذا الخلاف فى الشاهد والمرأتين ولما تكلم فى فصل الشاهد واليمين ذكر عن ابن

وقصاص فى جرح) مضمن هذا ان القصاص فى الجرح يثبت بعدل وامرأتين أو أحدهما مع يمين المجروح فانظر هذا مع ما يتقرر * ابن رشد قال مالك فى كتاب الاقضية من المدونة يثبت القصاص بالشاهد مع اليمين فى جراح العمد * وقال ابن القاسم فى كتاب الشهادات من المدونة لا يثبت بذلك قصاص ورواه ابن الماجشون والذى لابن يونس قال سحنون اختلف قول ابن القاسم فى شهادة النساء فى القصاص فيما دون النفس وثبت على انها لا تجوز ولا يعجبنى وأصلها انها تجوز فيما يجوز فيه الشاهد واليمين قيل لسحنون فانت تجيز الشاهد فى قتل العمد مع القسامة ولا تجيز فيه المرأتين مع القسامة قال لا يشبه هذه يمين واحدة والقسامة خمسون يمينا انظر قبل هذا عند قوله وفى القطع حلف المقطوع انظر قد نصوا أن القصاص فى الجراح بالشاهد واليمين من المواضع الاربعة التى قال مالك فيها برأيه ولم يسبق اليه الثانى فى كل أنملة من الابهام خمس من الابل الثالث الشفعة فى الثمار الرابع الشفعة فى الانقاض (وبما لا يظهر للرجال امرأتان كولادة وعيب فى فرج واستهلال وحيض ونكاح بعد موت أو سبقية أو موت ولا زوجة ولا مدبر ونحوه) اما أن شهادة امرأتين كافية فى الولادة وعيوب النساء (١٨٢) والاستهلال والحيض فبين وزاد ابن شاس الرضاع فقال أما ما لا يظهر للرجال كالولادة وعيوب النساء والرضاع فانه انما يشترط فيه العدد فحسب ويقوم النساء مقام الرجال فيثبت بامرأتين وكذلك الاستهلال والحيض ومن المدونة قال مالك يجوز الاستهلال والولادة بشهادة امرأتين عدلتين قال ابن القاسم ويجوز فى الرضاع وعيوب الفرج ومعرفة حيض وحس حمل ونحوه مما لا يطلع عليه غيرهن قال مالك وكل شئ تقبل فيه شهادة النساء وحدهن فلا يقبل فيه أقل من امرأتين ولا تجوز شهادة امرأة واحدة فى شئ من الشهادات وأما شهادة امرأتين بنكاح بعد موت فليست بكافية فهذا الفرع كان ينبغى ذكره عند قوله والا فعدل وامرأتان قال اللخمى من الشهادات ما ليس بمال ويستحق به مال أن يشهد رجل وامرأتان بنكاح بعد موت الزوج أو الزوجة أو على ميت أن فلانا أعتقه أو على نسب أن هذا ابن الميت أو أخوه فالشهادة على قول ابن القاسم صحيحة وأما شهادة امرأتين بسبقية موت أحد المتوارثين فقال ابن رشد أما شهادة النساء فى المرأة تلد ثم تهلك هى وولدها فى ساعة على أيهما مات أولا فجائزة اتفاقا لانها على ما لا يتعدى الى غير المال وأما شهادة امرأتين بموت ولا زوجة ولا مدبر ونحوه فليست أيضا كشهادتهن بالاستهلال من المدونة قال ابن القاسم اذا مات رجل فشهد على موته امرأتان ورجل لم تكن له زوجة ولا أوصى بعتق عبد ولا له مدبر ولم يكن الا مال يقسم فشهادة امرأتين جائزة (وثبت الارث والنسب له وعليه بلا يمين) لا شك ان هذا راجع لقوله ولما لا يظهر للرجال امرأتان وعبارة ابن الحاجب ما لا يظهر للرجال كولادة يثبت بامرأتين ويثبت الميراث والنسب له وعليه بلا يمين * ابن عرفة لم يتعرض ابن عبد السلام لشرح هذا وقرره ابن هارون بقوله مثل أن تشهد امرأتان بولادة أمة أقر السيد بوطئها

رشد فى أثناء كلامهما انه قال لا خلاف انه لا يجوز الشاهد واليمين فى الشهادة على الوكالة ثم لما فرغ من الكلام على مسئلته قال وقول ابن رشد لا خلاف انه لا يجوز شاهد ويمين فى الشهادة على الوكالة خلاف نقل اللخمى والمازرى قال اللخمى اختلف اذا شهد على وكالة من غائب هل يحلف الوكيل والمشهور انه لا يحلف وهو أحسن ان كانت الوكالة بحق لغائب فقط وان كانت مما يتعلق بها حق للوكيل لان له على الغائب دينا أو ليكون ذلك المال بيده قراضا أو تصدق به عليه حلف واستحق ان أقر الموكل عليه بالمال للغائب وان وكل على قضاء دين فقضاه بشاهد فجحده القابض حلف الوكيل وبرئ الغريم فان نكل حلف الطالب وغرم الوكيل ان كان موسرا وان كان معسرا حلف المطلوب وبرئ وكانت تباعة الطالب على الوكيل متى أيسر (قلت) فظاهر لفظ اللخمى ان الخلاف فى الشاهد واليمين فى الوكالة وقال المازرى معروف المذهب ان الشاهد واليمين لا يقضى به فى الوكالة لكن منع القضاء بها ليس من ناحية تصور هذه الشهادة فى القضاء بها فى الوكالة بل لان اليمين مع الشاهد فيها متعذرة لان اليمين لا يحلفها الا من له فيها نفع والوكيل لا نفع له فيها وان كان وقع فى المذهب ان الوكيل يحلف مع شاهده بالوكالة وقبض الحق فتأول الاشياخ هذه الرواية على ان المراد بها وكالة بأجرة يأخذها الوكيل أو يقبض المال لمنفعة له فيها انتهى وقال فى النوادر ومن العتبية قال سحنون قال أشهب لا يقضى بشاهد ويمين فى وكالة فى مال قال ابن نافع عن مالك فى المجموعة فيمن أقام شاهدا انه أوصى اليه انه لا يحلف معه ولا يثبت له ذلك الا أن يراه الامام أهلا لذلك فيوليه بغير يمين وقال فى المدونة قال سحنون الوصايا والوكالة ليستا بمال اذ لا يحلف وصى ولا وكيل مع شاهد رب المال اذ المال لغيرهما انتهى ص ﴿وقصاص فى جرح﴾ ش

وأنكر الولادة فان نسب الولادة لاحق به وكذا موارثته اياه له وعليه * ابن عرفة ومثل هذا هو قول المدونة ان ادعت الامة انها ولدت من سيدها فأنكر لم أحلفه لها الا أن تقيم رجلين يشهدان على اقرار السيد بالوطء وامرأتين على الولادة فتصير أم ولد و يثبت نسب الولد فان أقامت شاهدا على اقراره بالوطء أوامرأة على الولادة أحلفه (والمال دون القطع في سرقة) هذا الفرع راجع لما يؤول للمال فيكفي فيه اليمين مع رجل وامرأتين من المدونة قال مالك من شهد عليه رجل واحد بالسرقة لم يقطع ولكن يحلف المسروق منه المتاع مع شاهده و يستحق متاعه قال مالك وان شهد رجل وامرأتان على رجل بالسرقة ضمن المال ولم يقطع كما لايقتل العبد القاتل بشاهد و يمين ولكن يكون جناية في رقبته (كقتل عبد آخر) هذا مثل الفرع قبله قال مالك في المدونة من أقام شاهدا أن عبد فلان قتل عبده عمدا أو خطأ فانه يحلف معه يمينا واحدا و يستحق العبد ولا يقتله ان كان عمدا و يخير سيده بعد أن يغرم قيمة المقتول أو يسلم عبده فان أسلمه لم يقتل لانه لايقتل بشهادة واحد ولا قسامة في العبد * سحنون وكل ماجاز فيه شاهد و يمين جازت فيه شهادة النساء انظر بعد هذا عند قوله وان قتل عبدا عمدا (وحيلت أمة مطلقا كغيرهما ان طلبت بعدل أواثنين يزكيان) ابن الحاجب لو أقام شاهدا فطولب بالتزكية أجيب الى الحيلولة في المشهود به ولا يمنع من قبض أجرة العقار وتحال الامة وان لم يطالب الا أن يكون مأمونا عليها ومايفسد من طعام وغيره قالوا (١٨٣) يباع ان كان شاهدا و يستحلف و يخلى ان كان شاهدا * ابن عرفة الحيلولة باقامة المدعى شاهدين عدلين هو نقل غير واحد عن المذهب وكذا قبل تعديلهما وهي قولها ان كان أقام شاهدين باذن القاضي فنظر في تعديلهما أوخاف على المدعى فيه الفساد أمر أمينا فباعه وقبض ثمنه ووضعه على يد عدل وفي الحيلولة باقامة شاهد واحد عدل خلاف * ابن سهل اختلف في العقلة بشاهد عدل واحد ففي أحكام ابن زياد يجب العقل بشاهد عدل واحد وهو في الدور بالاقفال لها وفي الارض بمنع حرثها وعن ابن لبابة لاتجب العقلة الابشاهدين وقال سليمان هو قول ابن القاسم في وثائق ابن العطار لاتجب العقلة بشاهد واحد لكنه يمنع المطلوب أن يحدث في العقار بناء أو بيعا أو شبه ذلك بالعدل ولا يخرج عن يده وقال ابن الحاجب وتحال الأمة وان لم تطلب الا أن يكون مأمونا عليها وقيل تحال الرائعة مطلقا * ابن عرفة ظاهر ابن عبد السلام أنه حمل المسئلة على أن الأمة ادعى مدع ملكها الا أنها ادعت الحرية وانما هي في الموازية والعتبية في دعوى الحرية وهو ظاهر قول ابن الحاجب وان لم يطلب ولو كانت الدعوى لمن يدعى ملكها لم تجب الحيلولة الا بطلبه هذا تحقيق النقل وان كان لافرق في ذلك بين العتق وغيره ولابن رشد ان ادعت الجارية أو العبد الحرية فان سببا لذلك سببا من بينة كاشهاد العدول أو الشهود غير العدول وقف السيد عن الجارية وأمر بالكف عن وطئها ان كان مأمونا وان لم يكن مامونا وضعت على يد امرأة وان لم يسببا لذلك سببا من بينة ولم يأتيا بسوى الدعوى فان ادعيا لذلك وجها يشبه و يعرف كادعائهما انهما من أهل بلد عرف واليه بالتعسف على أهل ذمة ذلك البلد و بيعه لهم أو ينسبا الى قوم معروفين و يأتيا على ذلك بأمارة معروفة وكان موضع بينتهما قريبا أخذ الامام من ربهما حميلا أن لايخرج بهما ولا يفوتهما و يكتب له كتابا الى ذلك الموضع وان لم يكن لما ادعياه وجه يعرف والموضع بعيد لم يلزم ربهما شيء واختلف ان كان الموضع قريبا راجع رسم سلف من سماع ابن القاسم في كتاب الاستحقاق

يعني ان القصاص في الجراح يثبت بالشاهد واليمين قال في كتاب الديات من المدونة من أقام شاهدا على جرح عمدا فليحلف و يقتص فان نكل قيل للجارح احلف وابرأ فان نكل حبس حتى يحلف ثم قال قيل لابن القاسم لم قال مالك ذلك في جراح العمد وليست بمال فقال كلمت مالكا في ذلك فقال انه لشيء استحسناه وماسمعنا فيه شيأ انتهى وقال في كتاب الشهادات وكل جرح فيه قصاص يقتص فيه بشاهد و يمين وكل جرح لاقصاص فيه مما هو متلف كالجائفة والمأمومة وشبههما فالشاهد واليمين فيه جائز لان العمد والخطأ فيه انما هو مال انتهى قال ابن يونس أي بشاهد و يمين الطالب لان الجراحة لاقسامة فيها بذلك مضت السنة وانما القسامة في النفس فلما كانت النفس تقتل بشاهد واحد مع القسامة فلذلك اقتص بشاهد مع يمين المجروح وقاله عمر بن عبد العزيز انتهى وفي النوادر قال ابن المواز و يقضى بالقصاص في الجراح بالشاهد واليمين صغيرها وعظيمها في العمد والخطأ ولا شك في الخطأ وقال ابن عبد الحكم لاأرى ذلك في العمد الا في اليسير من الجراح وروى عن مالك انه يقتص بذلك رواية مبهمة لم يذكر ماصغر أو كبر وروى عن مالك ان ذلك فيما لاخوف فيه من موضحة ودامية وجراح الجسد وأما اليد والعين وشبه ذلك فلا يقتص الا بشاهدين وهذا قول عبد الملك قال ابن عبد

الحكم وهذه الرواية من قوله أحب الى" قال محمد و روى ابن القاسم وأشهب عنه انه يقتص بذلك فيما عظم أو صغر منها من قطع اليد وغيرها يحلف يمينا واحدة و يقتص قال ابن القاسم فان نكل حلف القاطع و برئ فان نكل حبس حتى يحلف وقيل يقطع انتهى (فرع) قال فى النوادر قال مالك وان كان الشاهد غير عدل حلف المطلوب وليس كالقسامة وماقال أحد غير هذا الا بعض من لايؤخذ بقوله انتهى (فرع) قال فيها أيضا فاذا تعلق به وقال أنت جرحتنى فله عليه اليمين وان كان من أهل التهم أدب والذى فى سماع أشهب عن مالك اذا تنازعا ثم أتى أحدهما بأصبعه مجروحة تدمى يزعم أن صاحبه عضها قال يحلف له وان كان من أهل التهم أدب قال فى الكتابين وقال ابن القاسم فيمن ادعى ان فلانا جرحه فلا يستحلف فى جرح ادعاه أوضرب الا أن يكون مشهورا بذلك فيحلف فان نكل سجن حتى يحلف وقال أصبغ فان طال حبسه ولم يحلف عوقب وأطلق الا أن يكون متمردا فيخلد فى السجن ثم ذكر مسائل تتعلق بالعبد اذا قام على جرحه شاهد واحد فراجعه ان أردته والله أعلم

ص ﴿ و بيع مايفسد و وقف ثمنه معهما بخلاف العدل فيحلف و يبقى بيده ﴾ ش يعنى ان من ادعى شيأ ممايفسد بالتأخير كاللحم ورطب الفواكه وأقام شاهدين واحتيج الى تزكيتهما فان ذلك الشئ يباع و يوقف ثمنه بخلاف ما اذا أقام عدلا واحدا فان المدعى عليه يحلف ان المدعى لايستحق فيه شيأ و يترك ذلك الشئ بيده هكذا قال ابن الحاجب متبرئا منه بقوله قاله وقبله فى التوضيح وقال تبرأ منه لاشكاله وذلك لان الحكم كما يتوقف على الشاهد الثانى كذلك يتوقف على عدالة الشاهدين فاما أن يباع و يوقف ثمنه فيهما أو يخلى بيده فيهما وأجاب صاحب النكت بأن مقيم العدل قادر على اثبات حقه بيمينه فلما ترك ذلك اختيارا صار كأنه مكنه منه بخلاف من أقام شاهدين أوشاهدا و وقف ذلك القاضى لينظر فى تعديلهم لاحجة عليه فى ذلك لعدم قدرته على اثبات حقه بغير عدالتهم وأشار المازرى الى فرق آخر وهو ان الشاهدين المجهولين أقوى من الواحد لان الواحد يعلم الآن قطعا انه غير مستقل والشاهدان المجهولان اذا عدلا فانما أفاد تعديلهما بعد الكشف عن وصف كان عليه حين الشهادة و يحتمل أن يكون وجه الاشكال ماذكره ابن عبد السلام مقتصرا عليه فانه قال انما تبرأ منه لانهم مكنوا من الطعام من هو بيده بعد قيام شاهد ولم يمكنوه منه ان قام عليه شاهدان بل قالوا يباع و يوقف ثمنه والشاهد أضعف قال قلت ولأجل أن الشاهد أضعف من الشاهدين أبقى الطعام بيد المدعى عليه لانه اذا ضعفت الدعوى لضعف الحجة ضعف بسبب ذلك أثرها فابقاء الطعام بيده ليس هو لما توهم من تقديم الاضعف على الاقوى بل هو عين ترجيح الاقوى فأجاب عن ذلك بأنه لو كان صحيحا للزم مثله فيما لايخشى فساده أن يحلف من هو بيده و يترك له يفعل فيه ما أحب قال و يجاب عن أهل المذهب بأن مايخشى فساده قد تعذر القضاء بعينه للمدعى لما يخشى عليه من الفساد قبل ثبوت الدعوى فلم يبق الا النزاع فى ثمنه فهو كدين على من هو بيده فمكن منه بعد أن يحلف ليسقط حق المنازع فى تعجيله له ولا يلزم مثل ذلك فيما قام عليه شاهدان لان حق المدعى فيه أقوى من حق المدعى عليه انتهى كلام التوضيح (قلت) وأصل المسئلة فى كتاب الشهادات من المدونة قال فيها وان كانت الدعوى فيما يفسد من اللحم و رطب الفواكه وقد أقام لطخا أوشاهدا على الحق وأبى أن يحلف وادعى بينة قريبة على الحق أجله القاضى باحضار شاهدين أوشاهد ان أتى بشاهد قبله ولم يحلف مالم يخف فساد ذلك الشئ فان جاء بما

من المدونة ان كانت الدعوى فيما يفسد من اللحم و رطب الفواكه وأقام الطالب شاهدين فأوقف القاضى ذلك الشئ ليكشف عنهما فان خاف فسادا باعه وأوقف ثمنه فان ضاع ثمنه قبل القضاء أو بعده كان ممن قضى له به (بخلاف العدل فيحلف و يبقى بيده) هذه عبارة ابن الحاجب من المدونة ان كانت الدعوى فيما يفسد وقد أقام شاهدا على الحق وأبى أن يحلف وادعى بينة قريبة أجله القاضى باحضار شاهد ثان مالم يخف فساد ذلك الشئ * عياض قوله وأبى أن يحلف ان أراد لا أحلف معه الآن لانى أرجو شاهدا آخر بيع حينئذ و وقف ثمنه ان خشى فساده وليس هذا بأضعف من شاهدين يطلب تعديلهما * ابن عرفة وحاصل كلام ابن عبد السلام أن المذهب عنده ماقاله ابن الحاجب ان مايفسد يباع ان كان شاهدان و يحلف و يخلى ان كان شاهد ومن تأمل كلام عياض وأبى حفص ابن العطار مراعيا أصول المذهب علم أن مافهمه ابن عبد السلام عن المذهب غير صحيح وموجب كلامه عدم وقوفه على كلام عياض والله أعلم بمن اهتدى راجع ابن عرفة اذ هذا النقل ليس بكاف وما القصد به الا التنشيط لمراجعة الامهات

ينتفع به والا أسلم ذلك الشئ الى المطلوب ونهى المدعى عن التعرض له وان كان الطالب قد أقام شاهدين فأوقف القاضى ذلك الشئ الى الكشف عنهما فان خاف على فساده باعه وأوقف ثمنه فان زكيت بينة المدعى وهو مبتاع أخذه وأدى الثمن الذى قالت بينته كان أقل من ذلك أو أكثر ويقال للبائع اذا كان يأخذ أكثر من الثمن الموقوف أنت أعلم بالتحرج عن الزيادة وان لم يزكوا أخذ المدعى عليه الثمن الموقوف لانه عليه بيع نظرا ولو ضاع الثمن قبل القضاء أو بعده كان لمن قضى له به انتهى قال فى النكت اذا أقام شاهدين وأوقف القاضى الشئ المدعى فيه لينظر فى تعديلهما فخاف فساده أو أقام شاهدا واحدا فكان الحاكم ينظر فى تعديله * الجواب سواء يباع ذلك الشئ بخلاف اذا أقام شاهدا واحدا عدلا وأبى أن يحلف معه وقال آتى بآخر فخاف الحاكم فساد ذلك الشئ ههنا يسلمه الى المطلوب يريد لان هذا قادر على اثبات حقه بيمينه مع شاهده الذى ثبت له فترك ذلك اختيار امنه والذى ينظر فى تعديل شاهديه أو شاهده الذى أقامه لا حجة عليه انتهى فهو موافق لما قاله ابن الحاجب الا أنه لم يذكر استحلاف المطلوب وكذلك قال اللخمى ونصه ومن ادعى مالا يبقى ويسرع اليه الفساد كاللحم ورطب الفواكه وأتى بلطخ أو بينة لا يعرفها القاضى فقال الجاحد وهو البائع أو المدعى وهو المشترى نخاف فساده أو لم يقولاه فان أثبت لطخا وقال لى بينة حاضرة أو أقام شاهدا وقال عندى شاهد آخر ولا أحلف فان لم يحضر ما ينتفع به وخشى عليه الفساد خلى بين البائع وبين متاعه وأما الشاهدان فينظر فى عدالتهما فان خشى الفساد بيع وأوقف الثمن انتهى فلم يذكر استحلاف المطلوب أيضا وقال فى التنبيهات قوله فى توقيف ما يسرع اليه الفساد اذا قال المدعى عندى شاهد واحد ولا أحلف معه انه يؤجله مالم يخف عليه الفساد والا خلى بين المدعى عليه وبين متاعه معنى قوله لا أحلف معه أى البتة ولو أراد أن لا يحلف معه الآن لأنى أرجو شاهدا آخر فان وجدته والا حلفت مع شاهدى بيع حينئذ ووقف ثمنه ان خشى عليه الفساد وليس هذا بأضعف من شاهدين يطلب تعديلهما فقد جعله يبيعه هنا ونحن على شك من تعديلهما وهو ان لم يعدلهما بطل الحق وشاهد واحد فى الاول ثابت بكل حال والحلف معه ممكن ان لم يجد آخر ويثبت الحق انتهى ونقل ابن عرفة كلام المدونة وكلام التنبيهات ثم قال بعد تحاصلها ان لم يقم المدعى الا لطخا قاصرا عن شاهد عدل وعن شاهدين يمكن تعديلهما وقف المدعى فيه مالم يخش فساده فان خشى فساده خلى بينه وبين المدعى عليه وكذا ان أقام شاهدا عدلا وقال لا أحلف معه بوجه وان قال أحلف معه أو أتى بشاهدين ينظر فى تعديلهما بيع ووقف ثمنه حسبما ذكره فى الأم ومثل ما ذكره عياض عن المذهب ذكر أبو حفص العطار وزاد ان كان أتى الطالب بشاهد واحد وان لم يزكه وهو قابل للتزكية فهو كقيام شاهدين ينظر فى تزكيتهما يباع المدعى فيه لخوف فساده ونقل أبو ابراهيم قول عياض ولم يتعقبه انتهى كلام ابن عرفة وليس فيه ولا فى كلام التنبيهات استحلاف المطلوب لكن فى كلام الشيخ أبى الحسن الصغير ما يقتضى ذلك فانه قال فى شرح قوله فى المدونة والا سلم ذلك الشئ الى المطلوب ظاهره من غير يمين الشيخ وهذا لا يصح فمعناه بيمين أنظره انتهى وقال فى كتاب الاقضية من النوادر واذا كانت الدعوى فيما يفسد من اللحم والفاكهة الطرية وأقام لطخا أو قام له شاهد فانه يوقف الى مجئ شاهده الآخر أو يمينه الى مثل مالا يخشى فيه فساد الذى فيه الدعوى فان خاف فساده أحلف المدعى عليه وترك له ما أوقف عليه انتهى وفى كلام التنبيهات الذى ذكرناه وقبله ابن عرفة تقييد عدم بيع المدعى فيه مع قيام الشاهد العدل بما اذا قال المدعى لا أحلف معه البتة وأما اذا قال لا أحلف

(وان سأل ذو العدل أو بينة سمعت وان لم تقطع وضع قيمة العبد ليذهب به الى بلد يشهد له على عينه أجيب لا ان انتفيا
وطلب ايقافه ليأتى ببينة
وان بكيومين الا أن يدعى
بينة حاضرة أو سماعا يثبت
به فيوقف ويوكل به فى
كيوم) من المدونة قال
مالك من ادعى عبدا بيد
رجل وأقام شاهدا عدلا
يشهد على القطع أو أقام
بينة يشهدون انهم سمعوا ان
عبدا سرق له مثل ما يدعى
وان لم تكن شهادة قاطعة
وله بينة ببلد آخر فسأل
وضع قيمة العبد ليذهب
به الى بينة ايشهدوا عليه
عند قاضى تلك البلدة فذلك
له وان لم يقم شاهدا ولا بينة
على سماع ذلك وادعى بينة
قريبة بمنزلة اليومين
والثلاثة فسأل وضع قيمة
العبد ليذهب به الى بينة لم
يكن ذلك له * ابن القاسم
فان قال أوقفوا العبد حتى
آتى ببينتى لم يكن ذلك له
الا أن يدعى بينة حاضرة
على الحق أو سماعا يثبت به
دعواه فان القاضى يوقف
العبد ويوكل به حتى يأتى
ببينة فيما قرب من يوم فان
جاء ببينة أو سماع سأل
ايقاف العبد ليأتى ببينة
فان كانت بينة بعيدة وفى
ايقافه ضرر استحلف
القاضى المدعى عليه
وأسلمه اليه بغير كفيل

الآن لأنى أرجو شاهدا آخر فان وجدته والا حلفت مع شاهدى انه يباع ويكون بمنزلة الشاهدين وكلام ابن عرفة يقتضى ان هذا هو المذهب فانه قال فى كلامه المتقدم ومثل ما ذكره عياض عن المذهب ذكر أبو حفص العطار وقال بعد أن ذكر كلام ابن الحاجب وابن عبد السلام حاصل كلامه يعنى ابن عبد السلام ان المذهب عنده هو ما نقله ابن الحاجب وأشار الى التبرى منه ثم قال ومن تأمل كلام عياض وأبى حفص بن العطار مراعيا أصول المذهب علم منه ان ما فهمه الشيخ يعنى ابن عبد السلام عن المذهب وفسر به كلام ابن الحاجب وما أشار اليه من التبرى غير صحيح انتهى ولاشك ان هذا التقييد الذى ذكره القاضى فى التنبيهات يزول به الاشكال فانه ينبغى ان يقرر وجه التبرى فى كلام ابن الحاجب بأنه كيف قالوا انه مع الشاهد الواحد العدل يمكن المدعى عليه من الشئ المدعى فيه ومع الشاهدين اللذين يريدان يزكيا لا يمكن منه ويباع ويوقف ثمنه مع ان الحق مع الشاهد الواحد العدل أقرب الى الثبوت لأنه يمكن اثباته سواء وجد شاهدا ثانيا أو لم يجده بخلاف الشاهدين اللذين يزكيان فانه ان لم يجد من يزكيهما لم يثبت الحق فقيام الشاهد الواحد أقوى فى اثبات الحق من الشاهدين اللذين يزكيان فيجاب عن ذلك بأنه انما يمكن المدعى عليه من المدعى فيه مع الشاهد الواحد العدل اذا قال المدعى لا أحلف معه البتة وانما أطلب شاهدا ثانيا فان وجدته أثبت حقى وان لم أجده لم أحلف فحينئذ يمكن المدعى عليه من المدعى فيه اذا خيف عليه الفساد لان الشاهد الواحد حينئذ أضعف من الشاهدين لان احتمال عدم ثبوت الحق معه حاصل والواحد أضعف من الاثنين وأيضا فان المدعى مختار لعدم اثبات حقه بامتناعه عن اليمين كما تقدم عن النكت وأما اذا قال المدعى أنا لا أحلف الآن لأنى أرجو شاهدا ثانيا فان وجدته والا حلفت فهذا يباع ذلك الشئ ويوقف ثمنه لان الشاهد الواحد حينئذ أقوى من الشاهدين (فان قيل) لم لم يفصلوا فيما لا يخشى فساده فى قيام الشاهد الواحد العدل بل قالوا انه يحال بين المدعى عليه والشئ المدعى فيه مع قيام الشاهد العدل من غير تفصيل (فالجواب) أن ما يخشى فساده لما تعذر القضاء بعينه للمدعى لما يخشى من فساده قبل ثبوت الدعوى ولم يبق الا أن يقضى له بثمنه وقوى حق المدعى عليه بسبب وضع اليد مع ترك المدعى اثبات حقه القادر عليه اختيارا أبقى الشئ المدعى فيه بيد المدعى عليه بخلاف ما لا يخشى فساده لان القضاء بعينه للمدعى ممكن ولا كبير ضرر على المدعى عليه فى ايقافه فتأمله والحاصل أن قول المصنف بخلاف العدل فيحلف معه ويبقى بيده يقيد ذلك بما اذا قال المدعى أنا لا أحلف البتة مع شاهدى العدل وانما أطلب شاهدا ثانيا فان وجدته والا تركت وأما اذا قال أنا لا أحلف الآن لأنى أرجو شاهدا ثانيا فان وجدته والا حلفت فان المدعى فيه يباع ويوقف ثمنه كما يوقف مع الشاهدين على ما قاله عياض وأبو حفص العطار وقبله ابن عرفة فتأمله منصفا والله أعلم ص

﴿وان سأل ذو العدل الخ﴾ ش يشير الى قوله فى المدونة فى كتاب الشهادات قال مالك ومن ادعى عبدا بيد رجل فأقام شاهدا عدلا يشهد على القطع انه عبده أو أقام بينة يشهدون انهم سمعوا أن عبدا سرق له مثل ما يدعى وان لم تكن شهادته قاطعة وله بينة ببلد آخر فسأل وضع قيمة العبد ليذهب به الى بينته لتشهد على عينه عند قاضى تلك البلدة فذلك له وان لم يقم شاهدا ولا بينة سماع على ذلك وادّعى بينة قريبة بمنزلة اليومين والثلاثة فسأل وضع قيمة العبد ليذهب به الى بينته لم يكن له ذلك وان قال أوقفوا العبد حتى آتى ببينتى لم يكن له ذلك الا أن يدعى ببينة حاضرة على الحق أو سماعا يثبت له به دعواه فان القاضى يوقف العبد ويوكل به حتى يأتيه ببينة فيما قرب من يوم ونحوه فان جاء

(والغـلة له للقضاء والنفقة على المقضى له به) من المدونة قال ابن القاسم يوقف مالا يؤمن تغـيره و زواله وأما المأمون كالرباع والعقار وماله الغلة فانما يوقف وقفا يمنع من الاحداث فيها والغلة أبدا للذى هى بيده لان ضمانها منه حتى يقضى بها للطالب قال سحنون هذا ان كان مبتاعا أو صارت اليه من مبتاع وفى العتبية عن ابن القاسم ان كانت غنما فرعيها فى الايقاف على من تصير اليه وغلتها للذى هى بيـده وقال عيسى الرعى على من له الغلة اهـ نقـل ابن يونس وقال اللخمى اختلف فى النفقة على العبد فى حال الوقف أوفى غلتـــه ان ثبت الاستحقاق وفى مصيبته ان هلك وقال مالك فى المـدونة نفـقته على من يقضى له به وغلتـه لمن هو فى يديه لانه ان هلك كان فى ضمانه (وجازت على خـط مقر) من كتاب ابن سحنون وغـيره قال مالك وأصحابه الشهادة على خط مقر جائزة وقد أجمعـوا أن الخـط رسم يدرك بحاسة البصر وأصبنا البصر يميز الخطين والشخصين مع جـواز اشتباه ذلك فلما جوزوها فى الشخص مع جـواز الاشتباه فيه جازت فى الخط (بلا يمين) قال مالك فى العتبية وغيرها من كتب على نفسـه ذكر حـق وكتب فى أسفله بخطه فهلك الشهود ثم جحدن فشهد رجـلان أن ذلك خطه ان ذلك يجوز عليه كاقراره ولا يمين على المشهود له مع شهادة الشاهدين على خط المقر قال ابن القاسم ولو شهد على خطه رجل حلف الطالب واستحق وقال أشهب عن مالك امرأة كتب اليها زوجها بطلاقها فشهد على خطه رجلان ان ذلك ينفعها اهـ نقل ابن يونس وقال ابن رشد الصواب أن يحمل قول مالك ان ذلك ينفعها على ظاهره من الحكم لها بطلاقها اذا شهد على خطه عدلان

بشاهد أو سماع وسأل ايقاف العبد ليأتى ببينة فان كانت بعيـدة وفى ايقافه ضرر استحلف القاضى المدعى عليه وأسلمه اليه بغير كفيل وان ادّعى شهودا حضورا على حقـه أوقف له نحو الخمسـة الايام والجمعة وهـذا التحديد لغير ابن القاسم ورأى ابن القاسم أن يوقف له لان الجائى بشاهـد أو سماع له وضع القيمة عنـد مالك والذهاب به الى بينته فهذا كالايقاف انتهى وقال أبو الحسن قوله عبـدا ليس يريد خصوصية العبد وانما نبـه به على ماسواه وقوله وأقام شاهـدا يريد وأبى أن يحلف معـه ابن رشد وكذا لو أقام شاهدين مجهولى الحال قوله عند قاضى تلك البلد ظاهرها كان قريبا أو بعيدا انتهى ونبـه الشيخ بقوله لا ان انتفيا وطلب ايقافه الى انه لا يجاب الى الذهاب به من باب أولى فتأمله ونقل الشارح فى الكبير فى شرح هذه المسئلة مسئلة كتاب الصناع فى عكس المسـئلة وهى من استحقت من يده دابة فسأل القاضى وضع قيمتها أو يذهب بها الى بلد البائع ولم ينقل هذه المسئلة فقد يشوش ذلك على فهم الطالب والله أعلم (تنبيه) قول المصنف وضع قيمة العبد هذا فى المستحق بالرق وأما المستحق بالحرية ففيه تفصيل ينظر فى آخر سماع عيسى من الجهاد وفى رسم القبلة من سماع ابن القاسم من الاستحقاق ص ﴿ والغلة له للقضاء والنفقة على المقضى له به ﴾ ش قال فى المدونة اثر الـكلام السابق ونفقة العبد فى الايقاف على من يقضى له به ثم قال الغلة أبدا للذى هى فى يده لان ضمانها منه حتى يقضى بها للطالب قال أبو الحسن فى المسئلة ثلاثة أقوال النفقة والغلة لمن ذلك بيده وقيـل لمن يقضى له به والتفصـيل وهو ظاهر الـكتاب قال ومذهب الـكتاب مشـكل فقال بعضهم وجهه أنه لما ادعى العبد كانه أقر بأن نفقته عليه فيؤخذ باقراره ولا يصدق فى الغلة لانه مدع فيها انظره انتهى وقال فى النـكت فان تشاحا فى النفقة كانت عليهما جميعا ثم ينظر بعد ذلك و يقضى له به وقال بعض شيوخنا من أهل بلدنا ان لم يتطوع أحدهما بالنفقة وتشاحا كانت على من هو بيده لانه على أصل ملـكه لا يخرجه الايقاف حتى ينظر فيه يريد فاذا ألزم النفقة ثم ثبت للآخر رجع عليه بذلك انتهى (فرع) قال فى آخر كتاب الدعاوى من الذخيرة قال بعض العلماء اذا ألزم المدعى عليـه باحضار المدعى به لتشهد عليـه البينة فان ثبت الحق فالمؤنة على المدعى عليـه لانه مبطل ملح والا فعلى المـدعى لانه مبطل فى ظاهر الشرع ولا تجب أجرة تعطيل المـدعى به فى مـدة الاحضار لانه حق للحاكم لا يتم مصالح الحـكام الا به انتهى وقال بعده بنحو صفحة (فرع) اذا تنازعنا حائطا مبيضا هل هو منعطف لدارك أو لداره فامر الحاكم بكشف البياض لينظر ان جعلت الاجرة فى الـكشف عليه فمشـكل لان الحق قد يكون لخصمك والاجرة ينبغى أن تـكون لمن له نفع العمل ولا يمكن أن تقع الاجرة على أن الاجارة على من يثبت له الملك لا نـكما جزمتما بالملـكية فما وقعت الاجارة الاجازمة وكذلك الغائب لو امتنع الا باجر قال و يمكن أن يقال يلزم الحاكم كل واحد منهـما باستئجاره وتلزم الاجرة فى الاخير من ثبت له الملك كما يحلف فى اللعان وغيره وأحدهما كاذب انتهى وهذا الاخير هو الظاهر كما فى الفرع قبله فتأمله والله أعـلم ص ﴿ وجازت على خط مقر ﴾ ش ظاهره سواء كانت

وذلك اذا كان الخط باقراره على نفسه انه طلق زوجته مثل أن يكتب الى رجل يعلمه انه طلق زوجته أولز وجته بذلك على هـذا الوجه وان كان الكتاب انما هو بطلاقه اياها ابتـداء فلا يحكم عليه به الا أن يقر أنه كتبه مجمعا على الطلاق (وخط شاهد مات أو غاب) الباجى مشهور قول مالك لا تجوز الشهادة على خط الشاهد ر واه محمد لان غاية خطه انه كلفظه وهو لو سمعه ينص شهادته لم ينقلها عنه وروى ابن القاسم اجازتها وقال اللخمى الشهادة على خط الشاهد لغيبته أو موته صحيحة على الصحيح من القولين لانها ضرورة وقال ابن رشد أما الشهادة على خط الشاهد الميت أو الغائب فلم يختلف فى الامهات المشهورة قول مالك فى اجازتها واعمالها * ابن عرفة فظاهر هذا أن المشهور اعمالها خلاف قول الباجى لا تجوز على المشهور (ببعد) اختلف فى حـد الغيبة التى تجوز فيها الشهادة على خط الشاهد عند مجيزها فقال سحنون الغيبة البعيدة ولم يحد قدرها وقال أصبغ مثـل افريقيـة من مصر ومكة من العراق وقال ابن الماجشون حد ذلك ما تقصر فيه الصلاة (وان بغـير مال فيهما ان عرفته) ابن رشد الذى أقول به أن معنى ماروى ابن حبيب أن الشهادة لا تجوز على خط الشاهد فى طلاق ولا عتاق ولا حد ولا نـكاح لأنها لا تجوز على خط الرجل انه طلق أو أعتق أو نـكح بل هى جائزة على خطه بذلك كما تجوز على خطه بالاقرار بالمال ومن المفيد قال محمد ابن حارث جرى العمل من القضاة ببـلدنا يعنى قرطبة باجازة الشهادة على خط الشاهـد ولا علمت أحدا من أهل العلم فرق بين الشهادة على الخط فى الاحباس وغـيرها فى حال من الاحوال ولقـد شهدت ابن أبى عيسى قاضى الجماعة بقرطبـة يحكم باجازة الشهادة على خطوط الشهود الموتى فى صـدقات النساء ومن الاحكام للباجى لا تجوز الشهادة على الخط الا فى المال فقط وحتى يكون ذو الخط مشهورا بالعدالة وتعرف معرفته بمن كتب عليه يريد بذلك خط الشاهد وأما خط المقر على نفسه فذلك جائز باتفاق وفى كل شئ خـلافا لابن الماجشون وقال ابن الهنـدى أكثر ما يجرى العمـل باجازة الشهادة على الخط فى الاحباس القـديمة والاحوط ان لا تجوز الشهادة عليها فان شهادة الاحياء ربما داخلتها الداخـلة فـكيف شهادات الموتى * المتيطى هـذا الذى احتج به ابن الهنـدى فيه نظر لأن الشاهـد اذا كتب شهادته يحملها على كل الوجوه ومن أصلنا أن لا نترك أمرا قد وجب لأمر يكون أو لا يكون (ان عرفته كالمعين) قال بعض الشيوخ دل قولهم ان الشهادة على الخط انما تـكون على القطع وفى كتاب القزوينى انها فى ذلك انما تـكون على العلم * ابن عرفة مغايرته بين القطع والعلم تدل على ان مراده بالعلم الظن

الوثيقة بخطه أو فيها شهادته فقط على نفسه وهو كذلك قال فى رسم الشجرة من سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات وسئل مالك عن رجل كتب على رجل ذ كر حق وأشهد فيه رجلين فـكتب الذى عليه الحق شهادته على نفسه بيده فى الذ كر الحق فهلك الشاهـد ثم جحد فاتى رجـلان فقالا نشهد انه كتابه بيـده قال مالك اذا شهد عليه شاهدان انه كتابه بيده رأيت ان يؤخذ منـه الحق ولا ينفعه انـكاره وذلك بمنزلة لو أقر ثم جحد فشهد عليه شاهدان باقراره فارى ان يغرم قال ابن رشد هذا بين على ما قاله لأن شهادة الرجل على نفسه شهادة اقرار عليها واقراره على نفسـه شهادة عليها ونقله ابن عرفة ص ﴿ وان بغير مال فيهما ﴾ ش هذا الذى اختاره رحمه الله ان الشهادة على الخط جائزة فى الطلاق والعتاق وغيرهما وكانه رحمه الله اعتمد على ما ذ كره فى التوضيح عن أحكام ابن سهل ونصه وفى أحكام ابن سهل عن محمد بن الفرج مولى ابن الطلاع انه قال الاصل فى الشهادة على الخطوط من قول مالك وأ كثر أصحـابه انها تجوز فى الحقوق والطلاق والعتاق والاحباس وغـيرها انتهى وهو خلاف ما نقله البرزلى عن السيورى انه قال لا تجوز الشهادة على الخط فى طلاق ولا عتاق ولا حد من الحدود على ما فى الواضحة وغيرها انتهى من أوائل مسائل الأيمان ونقله فى مسائل الاقضية والشهادات عن ابن رشد أنظر كلامه وقال ابن رشـد فى نوازله فى أثناء مسائل النـكاح فى رجل يقيم عليه بعقد يتضمن اشهاده على نفسه انه متى تزوج فلانة فهى طالق ثلاثا وقـد تزوجها فأنـكر العقد فشهد شهود ان العقد خط يده فقال ان كان العـقد الذى قـيم على الرجـل المذكور ثبت بشهادة الشهود الذين أشهـدهم على نفسـه بما تضمنه وعجز عن الدفع فالذى أراه وأتقلده ان يفـرق بينهما وهو الصحيح عنـدى من الاقوال المشهورة فى المذهب ولا يكون ذلك جرحة تسقط شهادته الا أن يقر على نفسه انه تزوجها بعد أن حلف بطلاقها البتة ان لا يتزوجها وهو يعتقد ان ذلك لا يحل له جرأة على الله عز وجل اذ لو أقر بطلاقها على ما تضمنه العقد وقال انما تزوجها لأنه اعتقد ان ذلك يسوغ له لاختلاف أهل العلم فى ذلك لعذر فيما فعله ولم يكن ذلك جرحة لاسيما ان

كان ممن ينظر في العلم و يسمع الاحاديث وأما ان لم يثبت العقد الذي قيم به الا بالشهادة على الخط فلا يحكم به عليه ان أنكر ولا يفرق بينهما أو ان عجز عن الدفع في شهادة من شهد عليه انه خط يده لأن الشهادة على الخط لا تجوز في طلاق ولا عتاق ولا نكاح ولا حد من الحدود على مانص عليه ابن حبيب في واضحته وغيره ولو أقر انه خطه كتبه بيده و زعم انه لم يكتبه عازما على انفاذه وانما كتبه على أن يستشير و ينظر في ذلك لصدق في ذلك على ماقاله في المدونة انتهى والله أعلم وماذكره عن ابن حبيب في واضحته نقله ابن حبيب فيها عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ وانها لا تجوز في طلاق ولا عتاق ولا حد من الحدود ولا كتاب قاض وانما تجوز في الاموال فقط وحيث لا تجوز شهادة النساء ولا الشاهد مع اليمين فلا تجوز على الخط وحيث يجوز هذا يجوز هذا وقع في رسم القضاء من سماع أشهب من كتاب الشهادات في امرأة كتب اليها زوجها بطلاقها مع من لا تجوز شهادته ان وجدت من يشهد لها على خطه نفعها ذلك قال ابن رشد ومثله في مختصر ابن عبد الحكم وكان يمضي لنا عند من أدركناه من الشيوخ ان ماذكره ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ هو مذهب مالك لا خلاف فيه وان معنى قوله في الرواية نفعها ذلك انه يكون لها شبهة توجب لها اليمين على الزوج انه ماطلق والذي أقول به ان معنى ماحكاه ابن حبيب انما هو ان الشهادة لا تجوز على خط الشاهد في طلاق ولا عتاق ولا نكاح لا أنها لا تجوز على خط الرجل انه طلق أو أعتق أو أنكح بل هي جائزة على خطه بذلك كما تجوز على خطه بالاقرار بالمال وهو بين من قوله فالصواب ان يحمل قول مالك نفعها على ظاهره من الحكم لها بالطلاق عليه اذا شهد على خطه شاهدان عدلان وذلك اذا كان الخط باقراره على نفسه انه طلق زوجته مثل ان يكتب الى رجل يعلمه بانه طلق زوجته أو اليها يعلمها بذلك وأما ان كان الكتاب انما هو بطلاقه اياها ابتداء فلا يحكم عليه به الا أن يقر انه كتبه مجمعا على الطلاق و في قبول قوله انه كتبه غير مجمع على الطلاق بعد ان أنكر انه كتبه اختلاف انتهى بعضه بالمعنى وأكثره باللفظ فيكون اختيار ابن رشد ثالثا يفرق بين الشهادة على خط الشاهد فلا تجوز الا في الاموال و بين الشهادة على خط المقر فتجوز في الاموال وغيرها اذا كان الخط باقراره على نفسه أنه طلق أو أعتق ونحو ذلك وأما اذا كان الخط انما هو بطلاقه اياها ابتداء فلا وذكر ابن عرفة عن ابن سهل نحو اختيار ابن رشد وعن الباجي أيضا وظاهر ماتقدم عن ابن رشد في نوازله في النكاح أنه حمل قول مطرف وابن الماجشون على ظاهره وقال في مسائل الشهادات من نوازله ظاهر ماحكى ابن حبيب في الواضحة عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ أن الشهادة على الخط لا تجوز فيما عدا الاموال لا على خط الشاهد ولا على خط المعتق أو المطلق وسائر ماذكره مما ليس بمال وعلى ذلك كان الشيوخ يحملونه ومعنى ذلك اذا وجد الكتاب بالعتق عنده بعد موته أو بيده في حياته لأنه لو أقر أنه خطه وقال كتبته على أني نستخير في تنفيذه ولم أنفذه بعد صدق في ذلك وأما اذا كان دفعه الى العبد أو كان قد نص فيه على انه أنفذه على نفسه فالشهادة عليه عاملة كالشهادة على خطه بالاقرار بالمال وهو ظاهر رواية أشهب عن مالك في العتبية ومافي مختصر ابن عبد الحكم انتهى وقال ابن فرحون بعد نقله قول مطرف وابن الماجشون قال ابن رشد وهذه التفرقة لا معنى لها الا أن يريد أن الاموال أخف والصواب الجواز في الجميع قال ابن الهندي و يلزم من أجازها في الاحباس القديمة أن يجيزها في

(وانه كان يعرف مشـهده) ابن رشد قول ابن زرب لاتجوز الشهادة على خط الشاهد حتى يعرف ان المشهود على خطه كان يعرف من أشهده معرفـة العـين صحيح لاينبـغى ان يختلف فيـه المتيطى لاتقبل شهادة على الخط الامن الفطن العارف بالخطوط وممارستها ولا يشترط فيـه ان يكون قـد أدرك ذا الخط (وتحملهاعـدلا) المتيطى تذكر فى كيفية الشهادة على خط الغائب ان الشهود يعرفون انه كان برسم العدالة والقبول فى تاريخ الشهادة و بعـدها الى ان توفى قاله مالك وان تكون شهادته قد سقطت بجرحة أو كان غـير مقبول الشهادة * ابن عرفـة قوله الى ان توفى قيل الصواب الى حين الشهادة على خطه (لاعلى خط نفسه حتى يذكرها وادى بلانفع) من المدونة اذا عرف الشاهد خطه فى كتاب فلايشهد حـتى يذكر الشهادة و يوكل بها ولـكن يوفى ذلك كما علم ثم لاينفع الطالب * سحنون اختلف فى هذا أصحابنا وقولى اذا لم ير فى الـكتاب محوا ولا لحقا ولا مايستنـكره فليشهد بمافيه وهـذا أمر لايجد الناس منـه بدا وان لم يذكر فى الـكتاب شيأ * ابن يونس انما قال ابن القاسم يرفع شهادته لأنه قد يرى الحاكم اجازتها على قول من يجـوز ذلك انتهى أنظر هـذا وتأمـله وقال اللخمى ر واية مطرف وابن الماجشون فى الشهادة على معرفة خطه أحسن ومحمل قول مالك على ما كانوا عليه من الحفظ لو وكل الناس اليوم الى حفظ الشهادات لم يؤد أحد شهادة ولتعطلت حقوق الناس (ولا على من لايعرف) ابن رشد ان أشهد الرجـل على نفسه جماعـة يعرفه بعضهم فلمن لايعرفه منهم ان يضع شهادته عليـه وهو من ذلك فى سعة لامنه بمعرفة بعضهم ان يتسمى باسم غيره وان لم يعرفه أحد منهـم كره لهم أن يضعوا شهادتهم عليه خوفا ان يتسمى باسم غيره فيقرانه (١٩٠) باع داره من فلان ثم يشهد على خطوطهم بعد موتهم فتجوز شهادتهم قاله الاخوان * ابن رشد الذى أقوله فيمن دعى ليشهد على امرأة لايعرفها ويشهد له رجـلان أنها فلانة فان كانت المرأة أتت بهما فلا يشهد الا على شهادتهما وان كان هو الذى سألهما فليشهد عليهـما وكذا لو سأل عن ذلك رجلا واحدا يثق به أو امرأة ولمـالك فى العتبية لايجوز استئمار البـكر الا على عينها * البرزلى ونزلت بتونس لبنت بعض الملوك حضر فيها ابن عرفة والغبرينى فطلب الغبرينى الاطلاع على عينها فأنـكر ذلك شيخ الموحدين ورئيس الدولة الشيخ أبو محمد ولولا جلة كانت له لنـكل به والصواب فى هذا ان التعريف كاف وقد اتفق لى مثل هذا وطلبت كلامها لأنه سيق اليها بعض الجهاز عرضا وانظر أول النـكاح من ابن عرفة ان العادة جرت بالشهادة على من لايعرف (الا على عينه) ابن رشد ان كتب شهادته على من لايعرف بالعين والاسم لم يصح ان يشهد بها الا على عينه (ولايسجل على من زعمت أنها ابنة فلان) ابن الحاجب اذا شهدت بينة على عين امرأة زعمت انها بنت زيد فلايسجل على بنت زيد (ولا على منتقبة لتتعين للاداء) ابن الحاجب لايشهد على منتقبة حتى يكشف وجهها ليعينها عند الاداء (وان قالوا أشهدتنا منتقبة وكذلك نعرفها قلدوا) سأل ابن حبيب سحنونا عن امرأة أنـكرت دعوى رجل عليها فاقام عليها بينة قالوا أشهدتنا على نفسها وهى منتقبة بكذا وكذا ولا نعرفها الا منتقبة وان كشفت وجهها لم نعرفها قال هم أعلم بما تقلدوا وان كانوا عدولا وقالوا عرفناها قطع بشهادتهم (وعليهم اخراجها ان قيل لهم عينوها) الذى لابن عرفة سئل ابن القاسم من اعترف دابة أو رأسا هـل تجمع دواب أو رقيق و يدخل فيها و يكلف الشهود اخراجها قال ليس ذلك على أحد فى شئ وذلك خطأ ولـكن لو كانوا عدولا قبلت شهادتهـم * أصبغ وكذلك النساء ان شهد عليهن وعن سحنون لو شهدوا على امرأة بنـكاح أو اقرار أو براءة وسأل الخصم ادخالها فى نساء ليخرجوها وقالوا اشهدناعليها عن معرفتها بعينها ونسبها ولا ندرى هل نعرفها اليوم وقد تغيرت حالهـا وقالوا الا نتـكلف ذلك فـلابد من أن يخرجوا عينها وان قالوا نخاف ان تـكون تغيرت قيل لهم ان شـكـكتم وقد أيقنتم انها ابنة فلان وليس لفلان الا بنت واحدة

غيرها لأن الحقوق عند الله سواء انتهى ص ﴿ وانه كان يعرف مشهده وتحملها عـدلا ﴾ ش ماذكره من معرفة مشهده هو أحد القولين وماذكره من قوله وتحملها عدلا هو تعديل للشهود على خطه وظاهر كلامه ان الشاهد على الخط لابد أن يشهد بذلك وذكر المتيطى انه لايشترط ذلك بل يكفى ان يشهد بذلك غيرهما قال فى كتاب الحبس فى فصل ذكر فيه أن قائما قام بالحسبة ان فلانا باع حبسا مانصه وان كان الشهود الذين شهدوا على خطوط شهود موتى فى كتاب الحبس (قلت) فأتى اليه بفلان وفلان شهدا عنده أن شهادة فلان وفلان الواقعة فى كتاب الحبس المنتسخ فى هذا الـكتاب بخطوط أيديهما لايشـكان فى ذلك وانهما ميتان فقبـل القاضى شهادة الشهيدين عنـده وشهادة الشهيدين المشهود على خطوطهما وان عدلهما الشاهدان عنده على خطوطهما جاز ذلك وقلت فى اثر قولك وانهما ميتان وانهما كانا فى رسم العدالة وقبول الشهادة فى تاريخ شهادتهما عن الشهادة

من حين شهدوا عليها الى اليوم جازت الشهادة (وجاز الاداء ان حصل العلم وان بامرأة) ابن رشد وان كتب شهادته على من لا يعرفه بالعين والاسم لم يصح ان يشهد بها الا على عينه وانما تسامح العلماء والخيار فى وضع شهادتهم على من لا يعرفونه سياسة فى نفع العامة وقد تقدم قول ابن رشد أو امرأة وانظر عند قوله ولا على من لا يعرف (لا بشاهدين الا نقلا) أنظر ما لابن رشد أيضا عند قوله ولا على من لا يعرف وفى المجموعة من دعى ليشهد على امرأة لا يعرفها وشهد عنده رجلان انها فلانة فليشهد قال فى سماع ابن عاصم لا يشهد الا على شهادتهما وروى ابن نافع عن مالك يشهد (وجازت بسماع) ابن عرفة شهادة السماع لقب لما يصرح الشاهد فيها باسناد شهادته لسماع من غير معين فتخرج شهادة البت والنقل التونسى شهادة السماع لا يستخرج بها شئ من يد حائز وانما تصح للحائز الكافى مثل ذلك رجل فى يديه دار تعرف به وبآبائه قبله فيأتى رجل ممن يشهد له انها ملكه قديما فيأتى الذى هى فى يده بمن يشهد له على السماع الفاشى انا لم نزل نسمع بانتقال ملكها الى الذى هى فى يديه من قبل القائم أو من آبائه فهذه شهادة توجب عند مالك وأصحابه الدار للذى هى فى يديه دون الذى شهد له انها ملكه قديما ولا تجوز شهادة السماع الفاشى للمدعى الطالب وانما يكون الذى فى يديه حائزا لها قال مالك ولا تجوز شهادة السماع فى ملك الدار فى خمس سنين قال ابن القاسم انما تجوز فيما أتت عليه اربعون سنة وقال ابن رشد الذى مضى عليه العمل فيما ادركت وأفتى به شيوخنا فيما علمنا ان من ادعى عقارا بيد غيره وزعم انه صار اليه من مورثه عنه ان المطلوب لا يسئل عن شئ حتى يثبت الطالب موت موروثه الذى ادعى انه ورث ذلك العقار عنه ووراثته له فاذا اثبت ذلك وقف المطلوب حينئذ على الاقرار ولم يسئل من اين صار له فان أنكر وقال الملك ملكى اكتفى منه بذلك ولم يلزمه أكثر من ذلك وكلف الطالب إثبات الملك الذى زعم انه ورثه عنه واثبات موته ووراثته له فان أثبت ذلك على ما يجب من صحة شروطه سئل المطلوب حينئذ من أين صار اليه وكلف الجواب على ذلك فان ادعوا انه صار اليه من غير موروث الطالب الذى ثبت الملك له لم يثبت اليه وان ادعى أنه صار اليه من قبل موروث الطالب بوجه يذكره كلف اثبات ذلك فان أثبته وعجز الطالب عن المدفع فى ذلك بطلت دعواه وان عجز عن اثبات ذلك قضى عليه للطالب هذا مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك فى المدونة ولا اختلاف فى ذلك أحفظه انتهى ولشيخ الشيوخ ابن لب فى رجل وهب أحد أولاده فدانا ثم مات وقام أخو الموهوب له بكفالة أخيه وصار يجعل الغبار فى قطعة من الفدان الى ان قام ورثة الموهوب له على ورثة الاخ وقالوا القطعة من حريم فداننا لا يقبل هذا منهم إذ ربما فوت على المحجور بوجه صحيح وعقود الاصول بالبيوع والهبات لا توجب استحقاقا من الشئ بيده اذ ليست حجة ويكلف ورثة الموهوب له اثبات الفدان لموروثهم الى الآن لا يعلمون انه فات من قبل من ذكر الى الآن أنظر أول مسئلة من كتاب الاستحقاق لابن سلمون (فشا) اللخمى ان كانت الشهادة على السماع عن غائب سمعوا ههنا ان فلانا مات ببلد كذا أو قتل أو أخذه العدو فان كان سماعا مستفيضا ووقع به العلم لكثرة عدد الطارئين حكم بها والا فلا ولا يقتصر فى ذلك على شاهدين لان الامر المستفيض المنتشر لا يؤخذ علمه عن اثنين وان كانا طارئين شهدا على استفاضة البلد الذى قدما منه قبلت (عن ثقات وغيرهم) ابن عرفة فى اشتراط العدالة فى المسموع منهم ثالثها الا فى الرضاع وظاهر لفظ المدونة مع غيرها أنه لا يشترط عدالة

أو المذكورة وبعدها الى ان توفيا وان عدلهما عنده غير الشاهدين اللذين شهدوا على خطوطهما (قلت) فى الشهيدين وقبل شهادتهما لمعرفته بهما وقبل شهادة فلان وفلان المشهود على خطوطهما بتعديل فلان وفلان لهما عنده بالعدل والرضا الى أن توفيا على ذلك انتهى ص ❊ وجاز الاداء ان حصل العلم ولو بامرأة ❊ ش مسئلة قال فى نوازل ابن رشد فى مسائل الشهادات فى رجل شهد على امرأة انها أوصت لاخيها لأمها بثلثها وأدى الشهادة على ذلك وقطع بمعرفتها ثم شهد عليه شاهدان انه أقر عندهما بعد أداء الشهادة أن هذه المرأة لم يكن يعرفها قبل ذلك الاشهاد ولا رآها قط وانما عينها له فى حين ذلك الاشهاد امرأة وثق بها فهل ذلك مسقط لشهادته فى هذه النازلة خاصة ويكون كالرجوع عن الشهادة أو يراه اقرارا منه على نفسه بتعمد الكذب فيكون جرحة وتسقط شهادته فى ذلك وغيره فأجاب شهادته عاملة اذا كان هو ابتداء سؤال المرأة لان ذلك من ناحية قبول خبر الواحد وأما اذا لم يبتدئ هو بسؤالها وانما قالت له ذلك على سبيل الشهادة عنده مثل ان تقول له المرأة التى أشهدته على نفسها بالوصية هذه فلانة تعرف أنى فلانة بنت فلان وتعرفه بذلك فلا يجوز له أن يشهد عليها بتعيين المرأة له اياها على هذا الوجه وان كانت عنده ثقة فان جهل سقطت شهادته عليها ولم يكن ذلك جرحة ذلك تسقط شهادته فيما سوى ذلك اهـ ص ❊ وجازت بسماع فشا عن ثقات وغيرهم ❊

بطول زمانها يشهدون انا لم نزل نسمع * ابن المواز عن الثقات ان هذه الدار حبس تحاز بحوز الاحباس وان لم ينقلوا عن بينة معينين الاقولهم سمعناو بلغناولو نقلواعن قوم عدول أشهدواهم لم يكن سماع وكان شهادة تعمل (بملك لحائز متصرف طويلا) تقدم نص التونسى عند قوله وجازت بسماع وقال ابن المواز عن ابن القاسم لاتجوز شهادة السماع فى مثل الخمس عشرة سنة ولا يجوز فى مثل هذا الا القطع ورواه عن مالك قال ابن المواز لاتجوز شهادة لمدع دارا بيد غيره قدحازها انما تجوز لمن الدار فى يده اذا أثبت الذى يدعيها بالبينة انها لابيه أوجده أولمن هو وارثه وتكون الدار قد قامت فى يد حائزها سنين ينقطع فى مثلها العلم فلا يجد من يشهد له الاعلى السماع انا لم نزل نسمع من العدول ان الذى فى يديه الدار أو أحد من آبائه ابتاعها من القائم أو من أحد ممن ورثها القائم عنه بذلك يقطع حق القائم

ش قال ابن عرفة وشهادة السماع لقب لما يصرح الشاهد فيه باستناد شهادته لسماع من غير معين فتخرج شهادة البت والنقل انتهى وظاهر كلام المؤلف رحمه الله انه لابد ان يكون السماع فاشيا عن الثقات وغيرهم وهذا قول ذكره فى التوضيح عن بعضهم ومذهب المدونة خلافه ويحتمل ان يكون مراد المصنف أنه يشترط فيها ان يكون السماع فاشيا سواء كان من الثقات أومن غيرهم وهذا هو الراجح قال فى التوضيح فى شرح قول ابن الحاجب وتجوز شهادة السماع الفاشى عن الثقات ظاهره انه لايقبل اذا كان من غير الثقات وهو مذهب مطرف وابن الماجشون قالا ولاتجوز من غير أهل العدل من سامع أومسموع منهم وظاهر المدونة نفى اشتراط العدالة فى المنقول عنهم قاله المازرى وروى عن ابن القاسم اشتراط العدالة فى المنقول عنهم الافى الرضاع وقيل لابد من السماع من غير العدول مع العدول لأن قصر السماع على العدول يخرجه الى نقل الشهادة عن المعينين وذلك باب آخر انتهى وقال ابن عبد السلام ذكر المؤلف فى صفة هذا السماع الفشو وان يكون عن الثقات فأما الفشو فتفق عليه وأما كونه عن الثقات فمنهم من شرطه ومنهم من لم يشترطه لأن المقصود ان يحصل للشاهد علم أوظن يقارب ه ور بما كان خبر غير العدل فى بعض الاوقات مفيدا لما يفيده خبر العدل لقرائن تحتف به ومنهم من رأى انه لابد من السماع من غير العدل مع العدل وان كان السماع مقصورا على العدل يخرجه الى نقل الشهادة عن المعينين وذلك باب آخر انتهى (قلت) فيحمل كلام المصنف على المحمل الثانى ليكون موافقا لظاهر المدونة كما قاله المازرى وعلى هذا عول العبدوسى فى قصيدته حيث قال

وليس من شروطها العدول * بل اللفيف فادر ما أقول

وقال ابن غازى لو قال عوضا منه وليس سمعها من العدول شرط بل اللفيف فى النقول لكان أدل على المراد ص * بملك لحائز متصرف طويلا * ش أفاد بقوله لحائز ان شهادة السماع فى الملك انما تفيد للحائز فقط وانها لاتفيد فى الانتزاع قال فى التوضيح ظاهر كلام المصنف يعنى ابن الحاجب ان شهادة السماع تكون بالملك فى الانتزاع والذى نص عليه أصحابنا انه لايستخرج بها من يد حائز وانما تصح للحائز ثم قال وحكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن القاسم وأصبغ مايقتضى انه يستخرج بها من اليد وهل يستحق بها ماليس فى حوز واحد كعفو من الارض قولان عندنا بناهما المازرى على اختلاف المذهب فى بيت المال هل يعد حائزا لما لامالك له أولا انتهى وقال ابن سلمون فى كتاب الاستحقاق ولايقوم بشهادة السماع الا الذى الملك بيده ولا تجوز لغيره لأن شهادة السماع لايستخرج بها من يد حائز شيأ تحت يده الا أن تكون اليد كلا يد مثل ان يكون غاصبا وذا سلطان غير مسقط وثبت انه مال القائم أو ورثته على السماع أوثبت أيضا انه يصير الى الذى يملكه من الوجه المذكور فيستخرج من تحت يده مايده عليه من الاملاك ويستحق ذلك بشهادة السماع ويحكم بذلك ذكر ذلك ابن الحاج فى مسائله انتهى وهو كلام حسن وأفاد المصنف بقوله لمتصرف طويلا أنه انما يشهد بالملك اذا طالت الحيازة وكان يتصرف تصرف الملاك من الهدم ونحوه ولا ينازعه أحد وانه لابد من الامرين وهكذا قاله فى الجواهر ونقله عنه فى التوضيح وذكر الشارح كلام الجواهر بأو فقال ابن شاس وأن يشهد بالملك اذا طالت الحيازة أو كان يتصرف تصرف الملاك من الهدم ونحوه ثم اعترض فى شرحه الكبير على المصنف بأن كلامه يقتضى انه لابد من مجموع الامرين وانه خلاف نقل ابن شاس وقد علمت ان كلام ابن شاس

(وقدمت بينة الملك الا بسماع أنه اشتراها من كاب القائم) من المدونة من قامت بيده دار خمسين سنة ثم قدم رجل كان غائبا فادعاها وثبت الاصل له فقال الذى بيده الدار اشتريتها من قوم وقد انقرضوا أو انقرضت البينة وأتى ببينة يشهدون على السماع فالذى ينفعه من ذلك أن يشهد قوم انهم سمعوا أن الذى فى يده الدار واحد من آبائه ابتاعها من القادم أو أحد آبائه أو ممن ورثها القادم عنه أو ممن ابتاعها من أحد ممن ذكرنا فذلك يقطع دعوى حق القائم منها قال مالك وها هنا دور لم يعرف لمن أصلها بالمدينة قد تداولتها الاملاك فشهادة السماع على مثل هذا جائزة * ابن القاسم وان أتى الذى فى يديه الدار ببينة أن هذا الذى فى يده الدار أو أحد من آبائه ابتاعها ولا يدرى ممن لم ينفعه ذلك ولو أقام بينة تشهد على السماع وان أباه ابتاعها ممن ذكرنا منذ خمس سنين ونحوها لم ينفعه مثل ذلك فلا يقبل فى مثل هذا القرب الا ببينة تقطع على الشراء وانما تجوز شهادة السماع فيما كثر من السنين وتطاول من الزمان وان كان المبتاع حيا لان شراءه ربما تقدم حتى يمضى له أربعون سنة أو أكثر فان لم يأت الحائز بشهود يشهدون على قدم الشراء فى قريب الزمان أو على السماع فى بعيده قضى بها للقائم الذى استحقها وقد قال مالك فيمن أقر انه كان تسلف من فلان وقضاه فان كان ما يذكر من ذلك حديث لم يطل زمانه لم ينفعه قوله قضيته وغرم الورثة الا أن يقيم بينة قاطعة على القضاء وان طال زمن ذلك حلف المقر وبرئ فهذا يدلك على مسئلتك فى شهادة السماع الا أن يكون المقر ذكر ذلك على معنى الشكر يقول جزى الله فلانا خيرا أسلفنى وقضيته فلا يلزمه فى هذا شئ مما أقر به قرب الزمان أو بعد * ابن يونس يريد وكذلك ذلك على معنى الذم وهذا هو الصواب (ووقف)

موافق لما قاله المصنف ولعل ذلك وقع فى نسخة الشارح من الجواهر والله أعلم (تنبيه) بينة السماع فى الرهن مقتضى ما فى نوازل ابن رشد فى كتاب الدعاوى والخصومات انها عاملة وسيأتى كلامه فى آخر الباب عند قول المصنف وان حاز أجنبى ص ﴿ وقدمت بينة الملك ﴾ ش يعنى انه اذا شهدت بالملك بينة بالسماع وشهدت بينة أخرى بالملك لشخص آخر بالقطع فبينة الملك التى قطعت مقدمة على بينة السماع ص ﴿ الا بسماع انه اشتراها من كابى القائم ﴾ ش تصوره من كلام الشارح واضح والمسئلة مبسوطة فى المدونة فى كتاب الشهادات فى الشهادة على السماع ومثل الشراء منه انه تصدق بها عليه أو وهبها له كما ستقف عليه فى كلام ابن رشد فى شرح أول مسئلة من رسم الجواب من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق ونص مسئلة السماع وسألته عن رجل غاب عن داره أو أرضه فدخلها رجل بعد غيبته فسكنها زمانا ثم مات عنها وبقى ورثته فيها وقدم الغائب فادعى ذلك وأصله معروف له والبينة تشهد انه انما دخل فيها الميت بعد مغيب هذا وان كان يختلف ان كان سمع من الهالك يذكر انه اشترى أولم يسمع ذلك منه طال زمان ذلك أولم يطل قال ابن القاسم القادم أولى بها اذا كان على ماذكرت كان الرجل فيها حيا أو ميتا ولا يلتفت الى ما كان يسمع من الداخل الهالك يذكر انه اشترى الا أن يكون للداخل بينة على الشراء أو هبة أو صدقة أو سماع صحيح على ما اشترى مع طول الزمان وتقادمه قال ابن رشد هذه مسئلة صحيحة بينة على معنى ما فى المدونة وغيرها من أنه لا حيازة على غائب فاذا قدم والاصل معروف له وشهدت له البينة بدخول الميت فيها بعد مغيبه كما ذكرت كان على ورثة البينة على ما ادعوا من شراء أو صدقة أو هبة أو سماع على ذلك فيما طال من السنين انتهى فقول ابن رشد أو سماع على ذلك شامل للشراء والصدقة والهبة والله أعلم ص ﴿ ووقف ﴾ ش أى لحائز كما قاله فى التوضيح وغيره ولا يشترط فيها تسمية المحبس ولا اثبات ملكه بخلاف مالو شهدا على الحبس بالقطع فانه لا يثبت الحبس حتى يشهدوا بالملك للمحبس قاله فى التوضيح قال ابن سهل فى أحكامه الصغرى والكبرى كيفية الشهادة بالسماع فى الاحباس أن يشهد الشاهد انه يعرف الدار التى بموضع كذا وحدها كذا وانه لم يزل يسمع منذ أربعين سنة أو عشرين عاما متقدما للتاريخ شهادته هذه سماعا فاشيا مستفيضا من أهل العدل وغيرهم ان هذه الدار وهذا الملك حبس على مسجد كذا أو على المرضى بحاضرة كذا وعلى فلان وعقبه أو حبس لا غير وانها كانت محترمة بحرمة الاحباس وتحوز هما بالوقف اليها والتبيين لها بهذا جرى العمل فى أداء هذه الشهادة زاد فى الكبرى فاذا أديت هكذا وكان الشهود بها شاهدين فصاعدا احكم بها بعد حيازة الشهود بتحبيسه والاعذار الى من يعترض فيه ويدعيه قال ابن القاسم فى سماع عيسى فى حبس العتبية اذا شهد رجلان انهما كانا يسمعان ان هذه الدار حبس جازت شهادتهما وكانت حبسا على المساكين ان كان لم يسم أحدا انتهى ﴿ تنبيه ﴾ استفيد من

ثقدم نص المدونة ان الشهادة على السماع فى الاحباس جائزة بطول زمانها (وموت ببعد) القاضى يشهد على الموت بالسماع فيمابعد من البلاد لافيماقرب * ابن عرفة بشرط أن لايطول زمان تقدم الموت كعشرين عاما ونحوها هذا لايقبل فيه الاالبت انظر فى سماع عيسى من كتاب القسمة ان العشرين طول (ن طال الزمان) ابن المواز قال ابن القاسم لاتجوز شهادة السماع فى مثل الخمسة عشر سنة ولاتجوز فى مثل هذا الاعلى القطع ورواه عن مالك * ابن عرفة فى حد الطول خمس مقالات (بلاريبة) ابن عرفة لحوق الريبة فى شهادة السماع يبطلها فى المجموعة عن ابن القاسم اذا شهد رجلان على السماع وفى القبيل مائة من أسنانهم لايعرفون شيأمن ذلك لم تقبل شهادتهم الابأمر يفشو أو يكون عليه أكثر من اثنين الا أن يكونا شخصين قد باد جيلهما فتجوز شهادتهما اه انظر من هذا المعنى مانص عليه الأصوليون ان ماتتوفر فيه الدواعى على نقله فنقل من وجه شاذ فانه لا يسمع (وحلف) ابن عرفة شرط تمام شهادة السماع يمين المشهود له بها طرق ظاهر المدونة انها دون يمين وقال ابن محرز لايقضى لاحد ممن يقضى له بشهادة السماع الابعد يمينه (وشهد اثنان) ابن الحاجب تجوز شهادة السماع ثم قال التونسى بعد يمينه إذ لعله عن واحد ويجتزى بقول اثنين وقال عبد الملك أربعة لانها كالنقل فاحتيط فيها انظر قبل هذا فى الخلع عند قوله ورد المال بشهادة سماع على الضرر وانه ان شهد واحد على القطع وشهد معه آخر على السماع بعد ذلك لابن (١٩٤) يونس ومن كتاب الشهادات قال ابن القاسم أو شهد شاهد واحد على السماع لم يقض للشهود له بالمال وان حلف لان السماع نقل شهادة ولاتجوز شهادة واحد على شهادة غيره وقال ابن رشد الذى يأتى على مذهب المدونة انه يجوز فى شهادة السماع شاهدان فى كل حال قال ابن الماجشون لايجوز الاأكثر من شاهدين وفرق فى سماع عيسى (كعزل وجرح وكفر وسفه ونكاح وضدها وان بخلع وضرر زوج وهبة ووصية وولادة وحرابة واباق وعدم وأسر وعتق ولوث) قال ابن القاسم فى الذى تفتدى من زوجها فيشهد لها قوم بالسماع ان زوجها كان يضربها فذلك جائز بالسماع من أهله ومن الجيران وشبه ذلك من الامر الفاشى * المتيطى هذه المسئلة من الثمانى عشرة مسئلة التى تجوز شهادة السماع فيها وفى نظم ابن رشد انها أحد وعشرون وزاد ابنه ستة وزاد ابن هارون على ذلك ثلاثة وزاد اللخمى واحدا * المتيطى فمن ذلك عزل القاضى وولايته والتجريح والعدالة والكفر والاسلام والتسفيه والترشيد * ابن رشد والنكاح والخلع وقد تقدم نص ابن القاسم فى الضرر وزاد ابن رشد والهبة والوصية * المتيطى والولادة وزاد ولد ابن رشد والحرابة والاباق * ابن هارون والملاء والعدم والاسر الكافى والشهادة على السماع عند مالك وأصحابه جائزة فى النسب المشهور وفى الولاء المشهور وفى الاحباس والصدقات التى تقادم أمرها اذا قال الشهود لم نزل نسمع ان هذه الدار تحاز حوز الاحباس وان فلان بن فلان مولى فلان مولى عتاقة ويثبت بذلك النسب والولاء وقال ابن القاسم لايثبت بذلك نسب انما يستحق به المال الاأن يكون أمرا اشتهر امثل نافع مولى ابن عمر * ابن عرفة قال ابن القاسم فى المدونة شهادة السماع لايثبت بها نسب ولاولاء * اللخمى ومما يثبت به القسامة السماع المستفيض مثل مالو أن رجلا عدا على رجل فى سوق علانية مثل سوق الاحد وشبهه من كثرة الناس فقطع كل من حضر عليه الشهادة قال فرأى من أرضى من أهل العلم ان هذا اذا كثر هكذا وتظاهر انه بمنزلة اللوث انظر نظم هذه الفروع فى ابن عرفة وقد عقد فصلا فى هذا فى مفيد الحكام (والتحمل ان افتقر اليه فرض كفاية) ابن عرفة

هذه المسئلة النص فى ان مصارف الحبس وصروف الواقف تثبت بشهادة السماع ونص على ذلك أيضا فى كتاب الشهادات من المدونة قال وسئل مالك عن قوم شهدوا على السماع فى حبس على قوم انهم يعرفون ان من مات منهم لايدخل فى نصيبه زوجته وتهلك ابنة الميت فلايدخل فيه ولدها ولازوجها فقال أراه حبسا ثابتا وان لم يشهدوا على أصل الحبس ولم يذكروا ذلك كله وذكروا فى السماع مايستدل به فذلك جائز انتهى ص ﴿ وموت ببعد ﴾ ش قيد البعد راجع الى قوله وموت ص ﴿ وشهد اثنان ﴾ ش قال ابن يونس فى كتاب الشهادات ومن كتاب الشهادة قال ابن القاسم وأما ان شهد شاهد واحد على السماع لم يقض له بالمال وان حلف لان السماع نقل شهادة ولايجوز نقل شهادة واحد على شهادة غيره انتهى وقال أبو الحسن بل أضعف من نقل الشهادة وانظر الدمامينى فى حاشية البخارى فى الشهادة على الانسان والموت القديم والرضاع وانظر فى مسائل الأقضية والشهادات من البرزلى ورد كتاب المسافرين بان فلانا مات ونحو ذلك ص ﴿ وعتق ﴾ ش (مسئلة) عد ابن جزى فى المواضع التى تجوز فيها الشهادة بالسماع الفاشى الحرية والله أعلم ص ﴿ والتحمل ان افتقر اليه فرض كفاية ﴾ ش قال ابن عرفة التحمل

التحمل عرفا علم ما يشهد به بسبب اختيارى فيخرج علمه دونه كمن قرع أذنه صوت مطلق ونحوه من قول يوجب على قائله حكما فالمعروض للتكليف به الاول لا الثانى وهو فرض كفاية قال مالك فى قوله تعالى ولا يأبى الشهداء اذا مادعوا انما هو من يدعى الى الشهادة بعد أن يشهدوا واما قبل أن يشهد فأرجو أن يكون فى سعة ان كان ثم من يشهد * ابن كنانة ان لم يجد غيره وخاف أن يبطل حقه ان لم يشهد فعليه أن يجيب * ابن رشد الدعاء ليشهد على الشهادة ويستحفظها فرض كفاية كصلاة الجنازة ودعى مالك الى شهادة فلم يجب واعتذر لمن دعاه فقال أخاف أن يكون فى أمرك مالا أرى أن أشهد عليه فيقتدى بى من حضر فقبل منه وحكى الشعبانى أيضا عن مالك انه ليس على الفقهاء أن يشهدوا بين الناس ولا أن يضيفوا أحدا ولا أن يكافئوا على الهدايا (وتعين الاداء) ابن عرفة الاداء عرفا اعلام الشاهد الحاكم بشهادته بما يحصل له العلم بما شهد به وهو واجب عينا على من لم يزد على عدد يثبت به المشهود به وواجب كفاية على من زاد عدده عليه حاضرا كواحد من ثلاثة فى الأموال ومايقبل فيه اثنان ومن خمسة فصاعدا فى الزنا (من كبريدين) سحنون ان كان الشهود على بريد أو بريدين (١٩٥) ويجدون الدواب والنفقة لم يعطهم رب الحق دواب ولا نفقة فان فعلوا بطلت شهادتهم لانها رشوة على شهادتهم فان لم يجدوا نفقة ولا دواب فلا بأس أن يكرى لهم وينفق عليهم قال وان كانوا على مثل الساحل منا كتب القاضى الى رجل يشهد عنده الشهود فيكتب بشهادتهم ولا يعنى المشهود اليه بالقدوم قيل كم بعد الساحل منا قال ستون ميلا (وعلى ثالث ان لم يجتزبهما) تقدم قول ابن عرفة الاداء واجب على من لم يزد على عدد من يثبت به المشهود به ثم قال من خمسة فصاعدا فى الزنا (وان انتفع بجرح) تقدم نص سحنون ان أعطاهم رب الحق دواب بطلت شهادتهم الا أن لا يجدوا (الا ركوبه لعسر مشيه وعدم دابة) ابن رشد القرب الذى يلزم الشاهد الاتيان لاداء شهادته قسمان قريب جدا تقل فيه النفقة ومؤنة الركوب هذا لا يضر الشاهد ركوب دابة المشهود له وان كانت له دابة ولا أكل طعامه وغير قريب جدا تكثر فيه النفقة ومؤنة الركوب وهذا تبطل فيه شهادته ان ركب دابة المشهود له وله دابة أو أكل طعامه عند سحنون وقيل لا تبطل شهادته بذلك وهو ظاهر نقل ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وهو الأظهر ان كان الشاهد لا يقدر على النفقة ولا على اكتراء دابة وهو ممن يشق عليه الاتيان راجلا لم تبطل شهادته ان أنفق له المشهود له أو اكترى له دابة وقيل تبطل شهادته بذلك ان كان مبرزا فى العدالة قاله ابن كنانة * ابن عرفة لان حسنات الابرار سيئات المقربين وعكس ابن الحاجب (لا كمسافة القصر) سحنون ان كان الشهود على مثل ما تقصر فيه الصلاة فاكثر لم يشخصوا من مثل ذلك وليشهدوا عند من يأمرهم القاضى فى تلك البلاد ويكتبوا بما شهدوا به عنده الى القاضى (فله أن ينتفع بدابة ونفقة) ابن رشد ان كان الشاهد من البعد بحيث لا يلزمه الاتيان لاداء الشهادة وليس للقاضى من يشهد عنده بموضعه الذى هو به فلا يضره أكل طعام المشهود له وان كان له مال ولا ركوب دابته وان كانت له دابة وان احتج

عرفا علم ما يشهد به بسبب اختيارى فيخرج علمه دونه كمن قرع اذنه صوت مطلق ونحوه من قول يوجب على قائله حكما فالمعروض للتكليف به الاول لا الثانى وهو فرض كفاية ثم قال والأداء عرفا اعلام الشاهد الحاكم بشهادته بما يحصل له العلم بما شهد به وقال ابن رشد فى شرح المسئلة الثالثة والعشرين من رسم نذر سنة من سماع ابن القاسم من الجامع من دعى أن يشهد على أمر جائز أو مستحب أو واجب فالاجابة عليه فرض من فروض الكفاية ومن دعى أن يشهد على مكروه فيكره له أن يشهد عليه ومن دعى أن يشهد على حرام فلا يحل له أن يشهد عليه انتهى وقال الدمامينى فى كتاب الشهادات فى قوله عليه الصلاة والسلام لا أشهد على جور قال المهلب فى الحديث من الفقه أن الانسان لا يضع اسمه فى وثيقة لا تجوز ومن العلماء من رأى جوازه بقصد الشهادة على الممنوع لترد قال ابن المنير انما يريد لا يضع خطه فى وثيقة بظاهر الجواز مع أن الباطن باطل وأما المساطير التى تكتب لابطال المفاسد بصيغة الاستدراك لا البناء فلا خلاف ولا خفاء فى وجوب وضع الشهادة فيها ولو وضع شهادته فى وثيقة كتبت بظاهر الجواز والعقد فاسد زاد فى خطه فقال والامر بينهما فى ذلك محمول على ما يصححه الشرع من ذلك أو يبطله ومثل هذا الموضع لا يكاد يختلف فيه انتهى وانظر الواضحة فى الكلام على شهادة الشاهد بما لا يرى جوازه ونقله ابن فرحون فى التبصرة فى فصل تنبيه القاضى على أمور عند أداء الشهادة وتقدم كلامه عند قول المصنف وليخبر بها وانظر كلام الرجراجى فى أجر قسام القاضى فى كتاب الشهادة فانه تكلم على أخذ الشهود الاجرة على الشهادة ص ﴿وتعين الأداء﴾ ش تصوره ظاهر (مسئلة) قال

السلطان عن الشاهد لم يضره انفاق المشهود له مدة انتظاره ان لم يجد من يشهد على شهادته و ينصرف وقيل تبطل شهادته بذلك وهو الاظهر ذكره انتهى أنظر حكم الانتفاع على الاداء ولم يذكره على التحمل وقال ابن عرفة فى جواز أخذ العوض على التحمل خلاف واستمر عمل الناس اليوم بافريقية وغيرها على أخذ الاجرة على تحملها بالكتب فيمن انتصب لها وترك التسبب المعتاد من أجلها وهو من المصالح العامة وعلى هذا فتكون الاجرة معلومة مسماة و يجوز بما اتفقا عليه من قليل أو كثير مالم يكن المكتوب له مضطر الكاتب اما لقصر القاضى الكتب عليه لاختصاصه بموجب ذلك واما لانه لم يجد بذلك الموضع غيره فيجب على الكاتب ان لا يطلب فوق ما يستحق فان فعل فهى جرحة وان لم يوافق الكاتب المكتوب له ففيه نظر وهو عمل الناس اليوم وهو عندى محمل الهبة على الثواب فان أعطاه قدر أجر المثل فى ذلك لزمه قبوله والا كان مخيرا فى قبول ما أعطاه وتمسكه بما كتب له الا ان يتعلق بذلك حق للمكتوب له فيكون فوتا و يجبر له على أجر المثل (وحلف بشاهد فى طلاق وعتق لا نكاح فان نكل حبس وان طال دين) ابن شاس الباب الرابع فى الشاهد واليمين * ابن عرفة المذهب ان اليمين مع الشاهد فى الحقوق المالية كشاهدين روى المحمدان انما يجوز الشاهد واليمين فى الاموال دون العتق والطلاق والحدود * ابن سحنون والنكاح والقتل واما الطلاق فخامس الاقوال قول المدونة ان أقامت امرأة بطلاقها شاهدا واحدا أو امرأتين ممن تجوز شهادتهما فى الحقوق منع الزوج منها حتى يحلف قال مالك فان نكل طلقت عليه مكانها وعدتها من يوم الحكم وروى عنه انه يحبس سنة فان حلف والادين وخلى مع زوجته وبهذا أخذ ابن القاسم وأما العتق فثالث الاقوال رواية ابن القاسم عن مالك قال ان ادعى عبد على سيده انه أعتقه فلا يمين له عليه ولو جاز هذا للنساء والعبيد لم يشأ عبد (١٩٦) الا حلف سيده ولا امرأة الا حلفت زوجها كل يوم فان أقام العبد شاهدا أو امرأتين ممن يقبلان فى الحقوق فانه لا يحلف العبد ولكن يحلف السيد فان نكل العبد ثم رجع فقال يسجن فان طال سجنه دين والطول سنة وأما النكاح ففى المدونة من ادعى نكاح امرأة فانكرت فلا يمين عليها كما لو ادعت امرأة ان زوجها طلقها لم يكن عليه يمين ولو أقام مدعى النكاح شاهدا لم يكن على المرأة يمين ولا تحبس له ولا يثبت النكاح الا بشاهدين * ابن يونس وقد اختلف فيمن أقامت عليه شاهدا بعد الموت فابن القاسم يقول تحلف وترث وأشهب يقول لا يصح الميراث الا بعد ثبوت النكاح والنكاح لا يثبت بشاهد انتهى من ابن يونس وقال ابن عرفة قياسه فى المدونة النكاح على الطلاق فيه نظر لتقرر دعوى الطلاق دون النكاح وانظر اذا أقام شاهدا انه شتمه قال مالك لا يحلف معه وكذلك أيضا اذا قذفه و فى هذا ثلاثة أقوال * ابن عرفة و فى القصاص من جراح العمد بالشاهد واليمين ثالثها فيما صغر من الجراح لا فيما عظم كقطع اليد أنظره بعد هذا عند قوله ومن أقام شاهدا على جرح (وحلف عبد وسفيه مع شاهده لا صبى) ابن عرفة ان كان ما شهد به الشاهد حقا لسفيه فطريقان ابن القاسم يحلف مع شاهده بخلاف الصبى فان نكل حلف المطلوب و برئ فان نكل غرم قال أصبغ كالعبد والذمى ومن المدونة ان شهد النساء لعبد أو لامرأة فانه يحلف و يستحق وأما ان شهد للصبى فانه لا يحلف حتى يبلغ * ابن المواز و يحلف له المطلوب فان نكل غرم وان حلف ترك حتى يكبر الصبى فيحلف و يستحق * ابن يونس قال بعض فقهائنا فان مات الصبى قبل بلوغه فلورثته ان يحلفوا و يستحقوا و يقومون مقام الصبى لو كبر قال ابن القاسم فى المدونة واذا شهد النساء لرجل أن فلانا أوصى له بكذا جازت شهادتهن بذلك مع يمينه كما لو شهد له بذلك رجل واحد قال وامرأتان فى ذلك ومائة امرأة سواء يحلف الطالب معهن و يستحق ولا يحلف مع امرأة واحدة وقال اللخمى اختلف اذا شهد شاهد لصبى بمال فقال محمد يحلف المشهود عليه و يترك حتى يحتلم الصبى فيحلف مع شاهده و يستحق وان شهد شاهد لسفيه حلف معه الآن و يستحق لأنه مخاطب بالشرع وهو كالرشيد فى اليمين واختلف اذا نكل فقال ابن القاسم يحلف المطلوب و يبرأ ولا يحلف السفيه اذا رشد * ابن رشد وكذلك البكر المولى عليها تنكل عن اليمين مع شاهدها فلا يمين عليها اذا رضى حالها (وأبوه وان أنفق) روى محمد ان أقام شاهد

في النوادر في كتاب الشهادات من كان يشهد بدين فشهد عنده شاهدان بقضائه أو رجل وامرأتان انه لا يشهد قيل له فان أخبره شاهد واحد فوقف وقال ما تبين لى انتهى ص ﴿ وحلف بشاهد فى طلاق وعتق ﴾ ش يريد وامرأتين قاله فى التوضيح ونقل ابن عرفة عن المدونة وتكلم فى شهادة النساء من قرابتها فى ذلك قولين مذهب المدونة انها لا تجوز فانظره ونص على ذلك فى أواخر العتق الثانى من المدونة وانظر فى ابن عرفة أيضا اذا شهد شاهد فى زنا أو قذف أو سكر ونحوه ص ﴿ وحلف عبد وسفيه مع شاهده ﴾ ش فان نكل السفيه وحلف المطلوب ثم رشد السفيه فهل له

لطفل بدين لم يحلف معه أبوه قيل وان لزمته نفقته قال ما أظن ذلك له * اللخمى اختلف اذا كان للصبى أب فصار للصبى مال فاراد الاب أن يحلف لاجل نفقته على الابن فقال مالك لا أظن ذلك له يريد لأن اليمين للصبى فقد يتورع عنها ولا يحلف وله أيضا أنه يحلف (وحلف مطلوب ليترك بيده وسجن ليحلف اذا بلغ) ابن المواز اذا اقام للميت شاهد بدين ووارثه صغير حلف المطلوب فان حلف ترك حتى يكبر الصبى فيحلف ويستحق قال أو يكتب له القاضى قضيته بما صح عنده ويشهد على ما ثبت عنده من شهادة الشاهد لينفذه له من بعده من القضاة مات شاهده بعد ذلك أو فسق فان نكل المطلوب غرم مكانه ولم يحلف الصغير اذا كبر * ابن عرفة مشهور مذهب مالك ان الصغير اذا انفرد بالحق ان المطلوب يستحلف له وقاله ابن القاسم ورواه الاخوان وعليه فيسجل الامام شهادة الشاهد خوف موته أو طرو جرحته (كوارث قبله) تقدم قول بعض شيوخ ابن يونس ان مات الصبى قبل البلوغ حلف وراثه (الا ان يكون نكل أولا ففى حلفه قولان) تقدم نقل ابن المواز ان نكل المطلوب غرم مكانه ولم يحلف الصغير اذا كبر * ابن رشد ولا خلاف فى هذا فانظر أنت ما معنى قول خليل (وان نكل اكتفى بيمين المطلوب الاول) الباجى اذا قلنا يحلف المطلوب فان حلف بقى الحق عنده معينا كان أو فى الذمة حتى يبلغ الصبى فيحلف مع شاهده ويستحق معه فان فات المعين فقيمته يوم الحكم به فان نكل الصبى بعد بلوغه فالمشهور أن المطلوب لا يحلف لأنه قد كان حلف بناء على ان يمين المطلوب يمين استحقاق ويحتمل ان يقول يمين المطلوب لتوقف الحق بيده فقط فيحلف الآن يمين الاستحقاق وهذا أصل متنازع فيه راجع ابن عرفة قال ابن المواز ولا يحلف الصغير اذا بلغ حتى يعلم بالخبر الذى يتيقن به وقال مالك يحلف كما يحلف الوارث على مالم يحضر وهو لا يدرى شهد له بحق أم لا فيحلف معه على خبره ويصدقه كما جاز له ان يأخذ ما شهد له به الشاهدان من مال وغيره وهو لا يعلم بذلك الا بقولهما * ابن عرفة ففى شرط حلفه مع شاهده بتيقنه أو ظنه قولا محمد ومالك (١٩٧) (وان حلف المطلوب ثم أتى بآخر فلا ضم وفى حلفه معه ويحلف المطلوب

أن يحلف الآن مع شاهده أم لا قولان قال ابن القاسم لا يحلف وأما العبد فقال ابن عرفة قال اللخمى ان كان بمال وهو مأذون له فهو كالحر ان نكل حلف المطلوب وبرئ ولا مقال لسيده وان كان غير مأذون له حلف واستحق فان نكل حلف سيده واستحق ثم نقل عن ابن رشد نحوه ص * (ولم يشهد على حاكم قال ثبت عندى الا بشهاده) * ش (مسئلة) قال الباجى فى المنتقى اختلف قول مالك

ان لم يحلف فقولان) الباجى من نكل عن الحلف مع شاهده فحلف المطلوب ثم وجد الطالب شاهدا آخر ففى المدونة لا يضم هذا الشاهد الى الشاهد الاول وقاله ابن القاسم قال ابن الماجشون وقال مالك يضم هذا الشاهد للشاهد الاول ويقضى له به * ابن كنانة هذا وهم انما قال هذا مالك فيمن أقامت شاهدا على طلاقها فحلف الزوج ثم وجدت شاهدا آخر فانه يضم الى الاول لأنه لم يوجد منها نكول * الباجى واذا قلنا بان لا يضم ففى الموازية يؤتنف له الحكم فيحلف مع شاهده وقال ابن كنانة لا يحلف الآن لأنه قد كان أيضا نكل قبل وقاله أيضا ابن القاسم وعلى حلفه ان نكل ثانية ففى الموازية ترد اليمين ثانية على المطلوب لأنه انما أسقط بالاولى شهادة الاول وقال ابن ميسر لا ترد عليه ثانية لأنه حلف على هذا الحق مرة * ابن مرزوق فى هذه المسئلة أربعة أقوال (وان تعذر يمين ببعض كشاهد بوقف على بنيه وعقبهم أو على الفقراء حلف والا حبس فان مات ففى تعيين مستحقه من بقية الاولين أو البطن الثانى تردد) لم يتهيأ لى فى الوقت ان أحصل ما تكون به الفتوى فى هذه المسئلة ولم أفهم كلام خليل فانظره أنت قال ابن القاسم وأشهب شهادة واحد بحبس فى السبيل أو وصية فيه أو ليتامى أو لمن لا يعرف بعينه ساقطة ليس لأحد ممن ذكر أن يحلف مع الشاهد * ابن عرفة وظاهر الروايات عدم حلف المشهود عليه على ابطال شهادة الشاهد لعدم تعين طالبه خلافا للمازرى واللخمى وقال ابن القاسم ان شهد شاهد بوصية بعتق ومال لرجل حلف الموصى له بالمال ولم يقض له الا بما فضل عن العتق لأنه يقال للحالف من أهل الوصايا ان كانت الشهادة حقا انما لك مع العتق ما فضل عنه وقال ابن رشد لو كانت شهادته لمن لا يحصره العدد كآل فلان ومساكين آل فلان وشبهه ففى استحقاقهم حقهم بحلف جلهم وسقوط الحلف فى هذا قولان قائمان من المدونة وقال ابن الحاجب لو كانت اليمين ممكنة من بعض ممتنعة من بعض كالشاهد بوقف على بنيه وعقبهم بطنا بعد بطن فروى مطرف انه اذا حلف واحد ثبت الجميع وروى ابن الماجشون اذا حلف الجل وقال محمد وغيره كمسئلة الفقراء وقيل يثبت لمن حلف نصيبه فلو مات ففى تعيين مستحقه من بقية الاولين أو البطن الثانى أو من حلف أبوه خلاف ثم فى أخذه بغير يمين قولان أنظر ابن عرفة (ولم يشهد على حاكم قال ثبت عندى الا بشهاده) من المفيد قال ابن القاسم من سمعته يقول أشهد ان لفلان على فلان مائة دينار ولم يشهدك فاشهد بما

سمعت ان كنت سمعته يؤديها عند الحاكم للحكم بها والا فلا حتى يشهدك اذ لو علم انك تنقلها عنه لزاد أو نقص ما ينقصها وانما تشهد بما سمعت من قذف أو عتق أو طلاق بخلاف الحقوق قال مطرف لا تشهد بقول القاضي قد ثبت لفلان عندي كذا حتى يشهدك على ذلك نصا أو يشهدك القاضي على قبول شهادته وقاله ابن القاسم (كاشهد على شهادتي) ابن رشد شهادة الرجل بما سمعه دون اشهاد من المشهود عليه ثلاثة أقسام * الاول ما سمعه منه من قذف يوجب حده أو عقو بته شهادته به مقبولة اتفاقا * القسم الثاني ما سمعه منه من اقرار على نفسه بحق لرجل قال ابن القاسم في المدونة تصح وهو أحد قولي مالك في المدونة وقوله الآخر في المدونة أيضا لا تصح * الثالث شهادته عليه بما سمع من شهادته على غيره بحق أو قذف أو زنا لا تجوز اتفاقا * الباجي من سمع رجلا يقص شهادته لم يجز له ان ينقلها عنه حتى يشهده على ذلك وفي المدونة قال ابن القاسم ومن سمع رجلا يذكر شهادته يقول سمعت فلانا يقذف فلانا أو يطلق زوجته فلا يشهد على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي قال ابن القاسم وأشهب فيمن قال عندي شهادة في كذا فلا ينقل ذلك عنه من سمعها وان نقلها لم تقبل (أو رآه يؤديها) قال مطرف من سمع رجلا يشهد عند القاضي بشهادة ثم مات القاضي أو عزل فتجوز شهادته عليه وتكون شهادة على شهادة وقال أصبغ لا تجوز حتى يشهدك على ذلك أو يشهد على قبول القاضي لتلك الشهادة * ابن يونس قول أصبغ (١٩٨) أعدل وأشبه بظاهر المدونة وقال ابن رشد ان سمعه يؤديها عند الحاكم أو كان هو الحاكم فشهد به عنده أو سمعه يشهد غيره وان لم يشهد فالمشهور انها جائزة (ان غاب الاصل وهو رجل) ابن المواز تجوز الشهادة على الشهادة في كل شئ وانما ينقل عن مريض أو غائب ولا يجوز النقل عن الصحيح الحاضر يريد الا النساء فانه يجوز النقل عنهن وهن أصحاء حضور لضرورة النقل بسبب الكشفة وأما في الحدود فلا ينقل عن البينة الا في غيبة بعيدة فاما اليومان والثلاثة فلا وأما غير الحدود فجائزة في مثل هذا (بمكان لا يلزم الاداء منه ولا تكفي في الحدود الثلاثة الايام) اللخمي اختلف في حد الغيبة فقال ابن القاسم في الموازية ان كانت الشهادة في الحدود لم تقبل الا في الغيبة البعيدة لا في ثلاثة أيام وتجوز اليومان في غير الحدود وقال سحنون ان كانت المسافة تقصر فيها الصلاة أو الستين ميلا جاز النقل ولم يفرق بين مال وحد وقد تقدم ان الستين ميلا بالنسبة الى الأداء بعد أنظره عند كبريدين وقال ابن عرفة هذه ثلاثة أقوال (أو مات أو مرض) ابن عرفة شرط النقل تعذر أداء الاصل أو تعسره كموته أو مرضه أو بعد مكانه من محل الاداء (ولم يطرأ فسق أو عداوة) ابن عرفة لما كان تمام شهادة النقل بادائها نقلها عنه كان طروّ مانع شهادة الاصل قبل أدائها نقلها كطرو وعلى شاهده قبل أداء شهادته أو بعده وقبل الحكم والاول واضح والثاني تقدم حكمه وقال ابن شاس اذا طرأ على الاصل فسق أو عداوة أو ردة امتنعت شهادة الفرع (بخلاف جن) ابن عرفة طرو العمى والجنون لغو في الاصل والفرع للغوهما في شهادة غير النقل (ولم يكذبه أصله قبل الحكم والامضى بلا غرم) في العتبية قال ابن القاسم في شاهدين نقلا شهادة رجل ثم قدم فانكر ان يكون أشهدهما أو عنده في ذلك علم وقد حكم بها قال مالك يفسخ وفي سماع عيسى الحكم ماض ولا غرم عليهما ولا يقبل تكذيبه لهما ابن يونس وهذا أصوب قال ولو قدم قبل الحكم وقال ذلك سقطت الشهادة * ابن يونس كالرجوع عن الشهادة

في الرجلين يتحاسبان بحضرة رجلين ويشترطان عليهما أن لا يشهدا بما يقران به فيقر أحدهما فيطلبهما الآخر بالشهادة فروى ابن القاسم عن مالك يمنعان من الشهادة ولا يعجلان فان اصطلح المتداعيان والا فليؤديا الشهادة وروى عنه ابن نافع لا أرى بامتناعهما من الشهادة بأسا وقال الشيخ أبو اسحق لا تجوز شهادة الحاكم بما سمع من الخصوم وكذلك شهادة من توسط بين اثنين اه من ترجمة الشهادات وذكر في النوادر القولين في الترجمة الثانية من كتاب الشهادات وزاد في القول الاول كنت أحب أن لا يقبلا يعني أن لا يدخلا على الشرط المذكور ثم قال بعد ان ذكر قول ابن نافع قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون واذا أدخلا بينهما رجلين على أن لا يشهدا عليهما فذكر انحو قول مالك الخ وذكر ابن فرحون في الباب الحادي والخمسين قول ابن القاسم وقول ابن نافع وجعل كل واحد منهما فرعا مستقلا وليس كذلك ونقلهما عن المقنع لابن بطال وكلام صاحب المقنع لا يقتضي ذلك وما ذكره الباجي عن الشيخ أبي اسحق فالظاهر أنه اختيار منه لرواية ابن نافع واقتصر عليه صاحب المسائل الملقوطة أعني ما ذكره الباجي عن الشيخ ابي اسحق ونصه شهادة المتوسط الذي يدخل بين اثنين بالصلح لا تجوز وان استوعب كلامهما من الكافي لابن عبد البر والمنتقى للباجي الخ ص * ولم يطرأ فسق أو عداوة بخلاف جن * ش يعني ان طرو

(ونقل عن كل اثنان) من المدونة قال مالك شهادة رجلين تجوز على شهادة عدد كثير ولا ينقل أقل من اثنين فى الحقوق عن واحد فأكثر ولا يجوز نقل واحد عن واحد مع يمين الطالب لأنها بعض شهادة شاهد والنقل نفسه ليس بمال ولو أجيز ذلك لم يصل الى قبض المال الا بيمين وانما قضى النبى صلى الله عليه وسلم فى الاموال بشاهد ويمين واحدة (ليس أحدهما أصلا) قال ابن القاسم فى المجموعة اذا شهد رجل فى حق على علمه وشهد هو وآخر ينقلان عن رجل فى ذلك الحق فلا يجوز لأن واحدا أحيا الشهادة قال فى العتبية وتجوز شهادته على علم نفسه ولا يجوز نقله عن الآخر وانظر اذا شهد رجلان على شهادة رجل وشهد أحدهما وثالث على شهادة آخر فى ذلك الحق ونص ابن الماجشون أن ذلك أيضا لا يجوز لأنه يرجع الى ان واحدا أحيا شهادتهما (وفى الزنا أربعة أو على كل اثنين اثنان) من المدونة قال ابن القاسم تجوز الشهادة على الشهادة فى الزنى مثل ان يشهد أربعة على شهادة أربعة أو اثنان على شهادة اثنين واثنان آخران على شهادة اثنين آخرين حتى يتم أربعة

من كل الناحيتين (ولفق نقل بأصل) تقدم نص المدونة عند قوله ليس أحدهما أصلا وقال ابن عرفة تتم الشهادة ببعض أصل والنقل عن باقيه بشرط عدده قال ابن القاسم ان شهد واحد على رؤية نفسه وثلاثة على شهادة ثلاثة فذلك تام وكذلك لو شهد اثنان على الرؤية واثنان على شهادة اثنين وأما واحد على رؤية نفسه واثنان على شهادة ثلاثة لم تجز وحد شاهد الرؤية للقذف (وجاز تزكية ناقل أصله) من الموازية ليس النقل على الشاهد بتعديل حتى يعدله الناقلون أو يعرفه القاضى بعدالة * أشهب والا طلب منه من يزكيه (ونقل امرأتين مع رجل فى باب شهادتهن) من المدونة قال مالك تجوز شهادة النساء على الشهادة فى الأموال وفى الوكالة على الأموال اذا كان معهن رجل وهن وان كثرن كرجل واحد ولا ينقلن شهادة الا مع رجل نقلن عن رجل أو امرأة (وان قالوا وهمنا بل هو هذا سقطتا) انظر هذا الاطلاق * ابن شاس الباب السادس فى الرجوع عن الشهادة قال ابن القاسم وأشهب ان شهدا على رجل بحق ثم قالا قبل الحكم بل هو هذا الآخر وقد وهمنا لم يقبلا فى الاولى ولا فى الآخرة ومن المدونة لو شهدا على رجل بالسرقة ثم قالا قبل القطع وهمنا بل هو هذا الآخر لم يقطع واحد منهما وقد خرجا من حد العدالة باقرارهم انهم شهدوا على الوهم والشك * سحنون اذا رجع الشهداء قبل الحكم وقد شهدوا بحق أو واجد فانهم يقالون ولا شئ عليهم ولا عقاب ولو اتهموا أو رجعوا الشك لأن العقوبة توجب أن لا يرجع أحد ابن يونس روى المغيرة أن الرسول عليه السلام قال فى شاهد شهد ثم رجع عن شهادته بعد أن حكم بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام تمضى شهادته الأولى لأهلها والآخرة باطلة وأخذ بهذا مالك وغيره (ونقض ان ثبت كذبهم كحياة من قتل أوجبه قبل الزنا

الفسق والعداوة على الاصل قبل أداء الفرع يبطل شهادة الفرع بخلاف طرو الجنون على الاصل فانه لا يبطل شهادة الفرع واذا طرأ على الاصل تهمة القرابة كان يتزوج الشاهد المنقول عنه المرأة المشهود لها أو العكس فقال ابن عرفه ولما كان تمام شهادة النقل بأداء ناقلها عنه كان طرو مانع شهادة الاصل قبل أداء ناقلها الطرو المانع على شاهده قبل أداء شهادته أو بعده وقبل الحكم بها والاول واضح والثانى تقدم حكمه عن المازرى وتقدمت الروايه بان حدوث سبب العداوة بعد تقييد شهادة الشاهد لا يمنع القضاء بها لان أداء شهادته قبل صيرورته عدوا لا يوجب تهمة ومنع بعض العلماء القضاء بما نقل عمن صار عدوا للمشهود عليه لانه رأى ظهور عداوته يشعر بمقدمات وسوابق (قلت) ظاهر كلام المازرى أن المذهب عدم سقوط شهادة المنقول عنه بحدوث عداوته بعد سماع نقلها منه وقبل اداء نقلها كحدوث ذلك بعد أدائها للحاكم قبل نفوذ حكمه ولا يخفى ان أداءه أدل على ثبوتها من سماعها للنقل عنه ولذا قال ابن شاس اذا طرأ على الاصل فسق أو عداوة أو ردة امتنعت شهادة الفرع قال المازرى وحدوث فسق الاصل بعد سماع النقل عنه وقبل أدائه يبطل شهادته وأشار بعض أصحابنا الى أن الفسق ان كان مما يخفى ويكتم كالزنا أشعر بسابق متقدمات تمنع العدالة وان كان مما يجاهر به كالقتل لم يشعر بانه كان قبل طرو ذلك كذلك قال ولو انتقل من طرأ فسقه لعدالة ففى صحة النقل عنه بالسماع منه أولا أو بسماع منه بعد انتقاله خلاف بين الناس اه كلام ابن عرفة ص * وان قالا وهمنا بل هو هذا سقطتا * ش هذا شروع منه رحمه الله فى الكلام على الرجوع عن الشهادة قال ابن عرفة الرجوع عن الشهادة هو انتقال الشاهد بعد أداء شهادته بأمر الى عدم الجزم به دون نقيضه فيدخل انتقاله الى شك على القول بان الشاك حاكم أو غيرحاكم والاول قول الفاكهانى شارح المحصول والثانى للقرافى وقيد بعد أداء شهادته وهو

لا رجوعهم وغرما مالا ودية ولو تعمدا) ابن الحاجب للرجوع ثلاث صور قبل القضاء فلا قضاء فان قال وهمنا بل هو هذا فقال ابن القاسم وأشهب سقطتا مع الصورة الثانية بعد القضاء وقبل الاستيفاء قال ابن القاسم يستوفى الدم كالمال وقال أيضا لا يستوفى لحرمة الدم انتهى الصورة الثالثة بعد الاستيفاء فيغرمان الدية وغيرها ان لم يثبت عمدهما عند ابن القاسم وأشهب وان ثبت عمدهما فالدية لابن القاسم والقصاص لأشهب انتهى وقال محمد لا نص عن مالك فى التغريم فى الرجوع الا أن أصحابه متفقون على تغريمهم ما أتلفه بالتعمد وقد قال المازرى لا خلاف فى تعلق الغرامة بهم اذا ثبت كذبهم كحياة من قتل انتهى وقد تقدم قول ابن يونس أن مالكا أخذ بالحديث ان الشاهد اذا رجع لا ينقض الحكم ومن ابن عرفة ما نصه ابن عبد الحكم لو رجعا عن رجوعهما الموجب غرمهما لم يقالا وقضى عليهما بما يقضى على الراجع قال ابن الحاجب اثر هذا الفرع أما لو ثبت كذبهم نقض اذا أمكن قال ابن عبد السلام ثبوت كذبهم عسر لانه راجع الى تجريح الشهود والمشهود عليهم بالكذب فى هذه الصورة يشهدون بكذب من شهد عليهم فيها وهذا علق المؤلف ثبوت كذبهم على الامكان واليه يعود هذا الشرط لا الى نقض الحكم ابن عرفة قوله ثبوت كذبهم عسير يرد بما أقر به أخيرا من مسئلة المجبوب وبما تقدم من مسئلة من شهد بقتله ثم قدم حيا وبقولها فى كتاب الاستحقاق فيمن شهدت بموته الخ المسئلة الآتية واستدلاله على ذلك بقوله ان الشرط فى قول ابن الحاجب ان أمكن راجع الى ثبوت كذبهم لا الى نقض الحكم وهم والحق الواضح لمن أنصف انه رجع الى نقض الحكم لا الى ظهور كذبهم لان نقضه قد لا يمكن لكونه حكما بقتل أو قطع وقع وقد يمكن لكونه باستحقاق ربع ونحوه كمسئلة المدونة فيمن شهدت بموته بينة فبيعت تركته وتزوجت زوجته ثم قدم حيا فان ذكر الشهود ما يعذرون به فهذا ترد اليه زوجته وليس له من متاعه الا ما وجد وما بيع فهو أحق به بالثمن ان وجده قائما وان لم تأت البينة بما تعذر به فذلك كتعمدهم الزور فليأخذ متاعه حيث وجده وعبده وان كان قد أعتق وأمته وان كانت قد صارت أم ولد ومن الموازية قال ابن القاسم ان شهد رجلان بان هذا الرجل قتل ابن هذا عمدا فقضى بقتله فقتل ثم قدم الابن حيا غرم الشاهدان ديته فى أموالهم وان تعمدوا ذلك ولا شئ على الامام ولا على عاقلته ولا على الاب أنظر البحث فى هذا فى ابن عرفة ومن المدونة وان شهد أربعة على رجل بالزنى فرجمه الامام ثم وجد مجبوبا لم يحد الشهود اذ لا يحد من قال لمجبوب يا زانى وعليهم الدية فى أموالهم مع وجيع الأدب وطول السجن ومن الموازية ان شهد رجلان على حر انه قتل فلانا فحكم الامام بقتله ودفع الى أولياء القتيل فذهبوا به ليقتلوه فرجعا وأقرا بالزور قبل أن يقتل فقد اضطرب فيه القول فقال ابن القاسم ينفذ فيه القتل ثم رجع وقال هذا هو القياس ولكن أقف عن قتله لحرمة القتل وكذلك القطع وشبهه وأرى فيه العقل أحب الى انتهى راجع أنت هذه النصوص فانى قد أجحفت فى الاختصار حتى فى نقلى عن ابن الحاجب اذ ما كان القصد الا الاشارة لما يمكن أن يكون خليل أراده ثم مع هذا ما تحصل لى من عبارة خليل حاصل فانظره أنت (ولا يشاركهم شاهد الاحصان) ابن يونس ان شهد عليه أربعة بالزنا وشهد عليه اثنان غيرهم بالاحصان فرجم ثم رجع جميع الشهود قال ابن القاسم الدية على شهود الزنا ولا شئ على شاهد الاحصان وبهذا قال أصبغ وسحنون (كرجوع المزكى) سحنون اذا شهد رجلان بحق والقاضى لا يعرفهما فزكاهما رجلان

ظاهر الروايات وظاهر لفظ المازرى صدقه على ما قبل الأداء فعليه يحذف لفظ بعد أداء الشهادة الخ وقال فى الطراز فى أثناء الجزء التاسع فى ترجمة وثيقة تجريح بعداوة لو شهد الشاهد ثم قال بالله الذى لا اله الا هو ما شهدت الا بالحق لكنى أرجع عن شهادتى فلا يقضى بها فافتى بها ابن خزيمة وأصبغ بن سعيد أنه يقضى بها وليس هذا برجوع والرجوع أن يكذب نفسه ويدخله الشك وأفتى ابن زرب انه لا يقضى بها لانه ان كان رجع عن حق علمه فقد فعل ما لا يجوز له وأسقط شهادته الخ وينبغى أن يفصل فى ذلك بين العامى الذى يجهل حرمة ذلك فلا ترد شهادته وبين غيره ممن يعلم ذلك والله أعلم ص ﴿ لا رجوعهم ﴾ ش انظر قوله فى كتاب القذف من المدونة وان قالت البينة بعد ما وجب الحد ما شهدنا الا بالزور درأت الحد الخ والله أعلم ص ﴿ ولا يشاركهم شاهد الاحصان ﴾ ش ظاهره سواء رجعوا وحدهما أو مع شهود الزنا أو مع رجوع الكل وهو المشهور وقيل يجب على كل واحد منهما سدس الدية وباقيها على بينة الزنا وقيل على كل واحد من شاهدى الاحصان ربعها وباقيها على بينة الزنا قال المازرى ولو رجع أحد شهيدى الاحصان فعلى الاول لا غرم عليه وعلى الثانى يغرم سدس الدية وعلى الثانى يغرم ربعها نقله ابن عرفة انتهى وعلى هذا فلو رجعا وحدهما فلا شئ عليهما على الاول المشهور والله أعلم ص ﴿ كرجوع المزكى ﴾ ش يعنى ان رجوع

وقبلهما القاضي فحكم بالحق ثم رجع المزكيان وقالا زكيناغير عدلين فلاضمان عليهما لان الحق بغيرهما أخذ ولو رجع الشاهدان ومن زكاهما لم يغرم الا الشاهدان لان بهما قام الحق (وأدبا في كقذف) قال سحنون اذا شهد على رجل انه قذف رجلا أو شتمه أو لطمه أو ضربه بسوط فجلده القاضي في القذف وأدبه فيما يجب عليه الادب ثم رجع الشهود وأقروا بالزور فليس في هذا عند جميع أصحابنا غرم ولا قود ولا حد معروف الا الأدب من السلطان ولا تقع المماثلة في اللطمة ولا ضرب السوط بامر يضبط ولا ارش لذلك وانما فيه الادب (وحد شهود الزنا مطلقا) ابن الحاجب للرجوع ثلاث صور قبل الحكم و بعده وقبل الاستيفاء و بعده و يحدون في شهادة الزنا في الصور كلها (كرجوع أحد الاربعة قبل الحكم و بعده حد الرابع وحده فقط) من المدونة ان رجع شهود الزنا بعد الرجم حدوا وكانت الدية في أموالهم وان رجع واحد جلد وحده وغرم ربع الدية وان رجع قبل الرجم والجلد جلد الاربعة وكذلك ان ظهر ان أحدهم عبد أو مسخوط ولو قضى برجم أو بجلد ثم تبين ان أحدهم عبد فانهم يحدون كلهم وان كان أحدهم مسخوطا لم يحد واحد منهم لأنها شهادة تثبت باجتهاد الامام على ظاهر العدالة والعبد لم تكن شهادته تثبت وذلك خطأ من الامام فان لم يعلم الشهود فذلك على عاقلة الامام وان علموا فذلك على الشهود في أموالهم (وان رجع اثنان من ستة فلاغرم ولا حد) من كتاب ابن المواز وغيره ان شهد ستة على رجل بالزنى فرجم بشهادتهم ثم رجع منهم واحد او اثنان وأقرا بتعمد الزور فلا شئ على من رجع من حد ولا غرم لأنه قد بقي أربعة أثبتوا انه زان وعلى من رجع الادب ثم ان رجع بعد ذلك واحد من الاربعة غرم هو والراجعان قبله ربع الدية بينهم أثلاثا مع الحد على كل واحد منهم سواء رجعوا معا أو مفترقين ولا أدب عليهم مع الحد ثم ان رجع آخر لزمه ربع الدية يشاركه فيه كل من رجع ويشاركهم فيما غرموا فيصير نصف الدية بينهم أرباعا ثم ان رجع ثالث لزمه أيضا ربع الدية يشترك فيه كل من رجع فتكون ثلاثة أرباع الدية بينهم أخماسا (الا ان يتبين ان أحد الاربعة عبد فيحد الراجعان والعبد وغرما فقط ربع الدية) في الموازية لو شهد ستة بزنا رجل فرجع اثنان وظهر ان أحد الاربعة الذين لم يرجعوا عبد حد الراجعان وغرما ربع الدية لأن الحد أقيم بأربعة بطل أحدهم لكونه عبدا والذى بطلت شهادته لو كان حرا رجع عن شهادته حد وغرم ربع الدية ولا غرم على العبد لأنه لم يرجع عن شهادته و يحد لكونه قذف من لم يثبت زناه بأربعة شهداء ولا يلزم الثلاثة الاحرار حد ولا غرم راجع ابن عرفة (ثم ان رجع ثالث حد هو والسابقان وغرموا ربع الدية و رابع فنصفها) تقدم النص بهذا أول المسئلة (وان رجع سادس بعد فقء عينه وخامس بعد موضحته و رابع بعد موته فعلى الثاني خمس الموضحة مع سدس العين كالاول وعلى الثالث ربع دية النفس فقط) محمد ان شهد ستة على محصن بالزنا فأمر الامام برجمه فلما فقئت عينه في الرجم رجع واحد ثم تمادوا في رجمه فأوضحه موضحة ثم رجع ثان ثم تمادوا في رجمه حتى قتل ثم رجع الثالث فلو لم يرجع هذا الثالث لم يكن على من رجع قبله شئ فأرى على الراجع الاول سدس دية العين وعلى الثاني خمس دية الموضحة وسدس دية العين وعلى الراجع بعد قتله ربع دية النفس فقط لأن دية النفس تأتي على ما قبل ذلك (ومكن مدع رجوعا من بينة كيمين ان أتى بلطخ) ابن الحاجب ان ادّعى انهما رجعا مكن من اقامة البينة فان طلب يمينهما انهما لم يرجعا فقولان وقال ابن المواز وابن سحنون ان ادّعى المقضى عليه ان الشاهدين عليه رجعا عن شهادتهما وأنكر فان لم يأت بلطخ فلا يمين له عليهما وان أتى بلطخ حلفا و برئا وان نكلا حلف المدعى وأغرمهما ما أتلفاه له بشهادتهما وان نكل فلاشئ عليهما ولو أقام عليهما شاهدين باقرارهما بعد الحكم انهما شهدا بزور فليغرما ما شهدا به ويغرمان ارش الجراح ولا ينظر الى رجوعهما بعد الاقرار (ولا يقبل رجوعهما عن الرجوع) هذه عبارة ابن الحاجب وأعقبها

المزكين عن تزكية من زكوه لاتوجب عليهم غرما وظاهره سواء رجعا وحدهما أو مع شهود الاصل وهو كذلك قال في النوادر من كتاب ابن سحنون قال سحنون وان شهد رجلان بحق والقاضي لايعرفهما فزكاهما رجلان فقبلهما القاضي وحكم بالحق ثم رجع المزكيان بالبينة وقالا زكيناغير عدلين ومالا يزكى مثله فلاضمان عليهما لان الحق أخذ لغيرهما ومن لو شاء لم يشهد ولو رجع الشاهدان ومن زكاهما لم يغرم الا الشاهدان اذ لو شاآ لم يشهدا فيهما قام الحق قاله ابن الماجشون في كتابه اهـ من ترجمة الرجوع عن الشهادة في التعديل والله أعلم ص ﴿ وان رجع اثنان من ستة فلاغرم الخ ﴾ ش قال في التوضيح نحوه في كتاب محمد وفي المدونة ان علم بعد الرجم أو الجلد ان أحدهم عبد حد الشهود أجمع وان كان مسخوطا لم يحد واحد منهم لان

بقوله أما لو ثبت كذبهم نقض فانظره عند قوله ونقض ان ثبت كذبهم وعبارة ابن شاس لو رجعا عن الرجوع لم يقالا بل يقضى
عليهما على الراجع التمادى فى رجوعه ووجه ذلك ان رجوع الشاهد عن شهادته ليس بشهادة وانما هو اقرار على نفسه بما أتلف
بشهادته (فان علم الحاكم بكذبهم وحكم فالقصاص) المازرى لو أن القاضى علم بكذب الشهود فحكم بالجور وأراق هذا الدم كان
حكمه حكم الشهود اذا لم يباشر القتل بنفسه بل أمر به من تلزمه طاعته * ابن عرفة اتبع ابن شاس المازرى فى هذا وقد قال فى
المدونة ان أقر القاضى انه رجم أو قطع الايدى أو جلد تعمدا للجور أقيد منه وهو ظاهر فى ان القود يلزم القاضى ان لم يباشر وقد
يفرق بين مسئلة المازرى ومسئلة المدونة راجع ابن عرفة (وان رجعا عن طلاق فلا غرم كعفو القصاص
ان دخل والا فنصفه) أما
رجوعهما عن طلاق
فقال فى المدونة اذا رجعا
فى عتق أو طلاق أو دين أو
قصاص أو حد أو غير
ذلك فانهما يضمنان قيمة
المعتق وفى الطلاق ان
دخل بالزوجة فلا شئ
عليهما وان لم يدخل ضمنا
نصف الصداق للزوج
ويضمنان الدين ويضمنان
العقل فى القصاص فى
أموالهما انتهى نص ابن
يونس وقال عياض عندنا
فى الاصل ضمنا نصف
الصداق حمله أكثر
الشيوخ ان غرمه الزوج
وحمله غير واحد ان غرمه
للمرأة وأما رجوعهما عن
عفو القصاص فقال ابن
الحاجب لو رجعا فى
شهادة الطلاق وأقرا
بالتعمد نفذ ثم ان كانت
مدخولا بها فلا غرم عليهما كشهادة عفو القصاص * ابن عرفة قال سحنون اذا رجعا عن شهادتهما بعفو ولى الدم عن
قاتل وليه بعد الحكم باسقاط القود لم يضمنا شيأ ولا قصاص على القاتل وشبهه فى الموازية برجوعهما عن الطلاق * سحنون
ويجلد القاتل مائة ويحبس سنة ويؤدب الشاهدان وقال ابن عبد الحكم يغرمان الدية لأن له فى أحد قولى مالك أن يأخذ الدية
(كرجوعهما عن دخول مطلقة) ابن عرفة قول ابن الحاجب لو رجعا فى شهادة الدخول فى مطلقة غرما نصف الصداق وهو
نص الجلاب لو شهدا على رجل فى زوجة له انه دخل بها وطلقها وهو مقر بالنكاح والطلاق ومنكر للدخول ثم رجعا عن شهادتهما
غرما له نصف الصداق والذى لزمه بشهادتهما (واختص الراجعان بدخول عن الطلاق ورجع شاهد الدخول على الزوج
بموت الزوجة ان أنكر الطلاق ورجع الزوج عليهما بما فوتاه من ارث دون ما غرم ورجعت عليها

الشهادة قد تمت باجتهاد الامام فى عدالتهم ولم تتم فى العبد وتصير من خطا الامام فان لم يعلم الشهود
كانت الدية فى الرجم على عاقلة الامام وان علموا فذلك على الشهود فى أحوالهم ولا شئ على العبد
فى الوجهين فان قيل هل ما فى الكتابين مخالف فيتخرج فى المسئلتين خلاف أم لا قيل يحتمل
أن يقال مسئلة المدونة انتقض الحكم فيها لظهور كون الراجع من الشهود عبدا واذا انتقض
وجب حد الثلاثة الباقين وأما مسئلة الموازية فان الحكم لم ينتقض لان قصارى الامر انه شهد
خمسة وأقيم الحد فرجع اثنان وذلك غير موجب لنقض الحكم فلهذا لم تحد الثلاثة الباقون فان
قلت كان ينبغى على ما فى الموازية أن يسقط الحد عن العبد (قلت) قذف العبد للشهود عليه
سابق على حد الزنا فلعله انما كان مطالبا به وقد ظهرت الشبهة فى زنا المشهود عليه برجوع بعض
الشهود فاستصحب القذف ووجب حد العبد والمسئلة مع ذلك مشكلة انتهى ص * والا
فنصف * ش يعنى وان رجع الشاهدان بالطلاق عن شهادتهما وكانت المرأة غير مدخول بها
فعليهما نصف الصداق قال ابن عبد السلام والمصنف نص فى المدونة على انهما يغرمان نصف الصداق
وسكت عمن يستحقه قال ابن عرفة وفيها ان رجعا بعد قضاء قاض عن شهادتهما بالطلاق قبل البناء
فعليهما نصف الصداق عياض كذا قيدنا فى الأصل قال بعض الشيوخ لم يبين لمن هذا النصف
وحمله أكثر الشيوخ على ان غرمه للزوج وكذا جاء مفسرا فى كتاب العشور من الاسمعة وحمله
غير واحد على ان غرمه للمرأة ليكمل لها صداقها الذى أبطلاه عليها بالفراق قبل الدخول وعليه
اختصر المسئلة القرويون قالوا وهو مقتضى النظر والقياس لان غرمه للزوج لا وجه له اذ النصف
عليه متى حصل الفراق قبل الدخول وأشهب وسحنون لا يريان عليهما من المهر شيأ انتهى ونحوه
فى التوضيح وابن عبد السلام الا ان هذا أتم قال فى التوضيح بعد ذكر خلاف الشيخ المتقدم وانظر
كلامه فى المدونة على كل من التأويلين فانه مبنى على خلاف ظاهر المذهب ان المرأة تملك بالعقد نصف
الصداق وأيضا فانه لا يلتئم مع ما فى المسئلة الآتية بعد هذه وهى قوله ولو رجعا فى شهادة الدخول
فى مطلقة لغرما نصف الصداق وأيضا فانه مخالف انتهى واعلم ان قوله على كل من التأويلين ليس
بظاهر لانه على التأويل الثانى لا مخالفة فيه لقولهم انها تستحق بالعقد النصف ويلتئم مع المسئلة الثانية

بمافوتاهامن ارث وصداق) أنظر اتيانه بالضمير فى عليهما ﷺ ابن الحاجب ان شهد اثنان بالطلاق واثنان بالدخول فالا كثر لاغرامة على شاهدى الطلاق ويرجع شاهد الدخول على الزوج بموت الزوجة اذا كان منكرا طلاقها ويرجع الزوج على شاهدى الطلاق بمافوتاه من الميراث دون ماغرم لها وترجع الزوجة عليهما بمافوتاها من الميراث والصداق ✻ ابن سحنون لو غرم شاهد البناء لرجوعهما ثم ماتت الزوجة رجعا على الزوج بماغرما لأن انكاره طلاقها والبناء بها يوجب ان موتها فى عصمته قبل البناء وذلك موجب عليه كل الصداق ✻ ابن شاس اذا شهد شاهدان على انه طلق قبل البناء فقضى عليه بنصف الصداق على قول ابن القاسم ثم مات الزوج فرجع الشاهدان عن شهادتهما فانهما يغرمان للمرأة ماحرماها من ميراثه وما أسقطا من صداقها وان كان انما ماتت هى لرجع الزوج عليهما بميراثه فقط لابشئ مماغرم من الصداق وهذا الجواب اذا كان كل واحد من الزوجين منكرا ماشهد به من الطلاق (وان كان عن تجريح أو تغليط شاهدى طلاق أمة غرما للسيد مانقص (٢٠٣) بتزويجها) ابن الحاجب لو رجعا عن تجريح أو تغليط شاهدى طلاق أمة غرما للسيد ما نقص ويردها زوجة ✻ ابن عرفة من له أمة ذات زوج شهد شاهدان بطلاقها والسيد يدعيه فقضى له ثم شهد شاهدان على الشاهدين بماأسقط بشهادتهما من انهماز ورا شهادتهما أو كانا غائبين عن البلد الذى شهدا به فأثبت القاضى النكاح ثم رجع الشاهدان أخيرا فعليهما ماغرم مابين قيمتها ذات زوج وقيمتها خالية منه (ولو كان بخلع بثمرة لم يطب أو بآبق فالقيمة حينئذ كالاتلاف بلا تأخير للحصول فيغرم القيمة حينئذ) ابن الحاجب لو رجعا عن الخلع بثمرة لم يبد صلاحها فقال ابن الماجشون يغرمان قيمتها على الرجاء والخوف كمن أتلفها وفى العبد الآبق يغرمان القيمة وقال محمد يؤخذ الجميع للحصول فيغرمان مايحصل انتهى ونحوه هذا نقل ابن يونس أيضا قائلا والى هذا رجع محمد يعنى انهما يغرمان لها قيمة الثمرة يوم يجدها الزوج ويقبضها وكذلك ان خالعها على عبد آبق أو بعير شارد أو جنين فى بطن أمه ثم رجعا لم يلزمهما غرم الا من بعد خروج الجنين وقبضه وبعد وجدان العبد الآبق والجمل الشارد وقبضهما فيغرمان لها قيمة ذلك يومئذ على الاحسن أنظر أنت هذا (وان كان بعتق غرما قيمته وولاؤه له) من المدونة ان رجعا بعد الحكم وقد شهدا بعتق ضمنا قيمة المعتق ابن عرفة ذكر الشيخ مسئلة المدونة من كتاب ابن سحنون بلفظ فان كان السيد مقيما على الجحد فله قيمة العبد على الشاهدين ويبقى ولاؤه له لأن من أعتق عبدا عن رجل فالولاء للرجل راجع ابن عرفة (وهل ان كان لاجل فيغرمان القيمة والمنفعة اليه لهما أو تسقط منها المنفعة أو يخير فيها أقوال) من كتاب ابن سحنون ان شهدا انه أعتق عبده الى سنين فقضى بذلك ثم رجعا فعليهما لسيده قيمته حالة ويطلبان ذلك فى قيمة العبد فيؤاجراه أو يستخدماه فان قبضا ماأديا قبل الأجل رجع العبد يخدم سيده الى الاجل وان تم الاجل ولم يتم ماأديا فلاشئ لهما مما بقى وقال ابن عبد الحكم يغرمان قيمته مسقطا منها قيمة خدمته ابن المواز وان قال السيد

بلا كلام فتأمله وعلى التأويل الأول فهو جار على القول بانها لاتملك بالعقد شيأ وهذا القول أحد المشهورين فى كلامه فى المختصر وذكر فى التوضيح ان صاحب الجواهر وابن راشد القفصى صرحا بأنه المشهور فاعلم ذلك والله أعلم ص ﴿بمافوتاها من ارث وصداق﴾ ش يعنى نصف الصداق ص ﴿وان كان عن تجريح أو تغليط شاهدى طلاق أمة﴾ ش يجوز فى تجريح التنوين بل الغالب فى مثله الذى لايحتاج الى شرط ويجوز حذف التنوين للاضافة لان شروط ذلك موجودة والله أعلم (تنبيه) قال ابن عبد السلام وهذا الصحيح اذا كان السيد مدعيا للطلاق أو غير مكذب للشهود وان كان مكذبا للشهود فلا يرجع على شاهدى التجريح بشئ لانه موافق لهما فيما شهدا به والله أعلم ص ﴿فالقيمة حينئذ كالاتلاف﴾ ش يعنى بقيمة الثمرة على الرجاء والخوف وقيمة الآبق والبعير الشارد على أقرب صفتهما فان ظهر انه كان ميتا قبل الخلع لم يكن عليهما شئ ولو ظهر انه أصابه عيب قبل الخلع لم يلزمهما الا قيمته كذلك ويستردان مايقابل العيب قاله ابن عبد السلام وابن عرفة وبعضه فى التوضيح ص ﴿بلا تأخير للحصول فيغرم القيمة حينئذ﴾ ش يشير بهذا الى القول الثانى الذى يقول تؤخر الغرامة حتى تجد الثمرة ويوجد الآبق والشارد فتؤخذ القيمة حينئذ ابن عرفة قال محمد بل قيمتها يوم جدها الزوج انتهى وقال ابن الحاجب وقال محمد يؤخر الجميع للحصول فيغرمان مايحصل انتهى ص ﴿على الاحسن﴾ ش راجع الى القول الاول ويشير الى قول ابن راشد القفصى وقول عبد الملك أقيس انتهى من التوضيح والله تعالى أعلم ص ﴿وان كان بعتق غرما قيمته﴾ ش وان كان الرجوع عن

بعدما أغرمه قيمته أنا لا أسلمه الى الشاهدين ولكن أنا استخدمه وأدفع اليهما ما يحل علي من خدمته فذلك له فالسيد مخير بين أن يسلمه اليهما ليأخذا من خدمته ما أديا أو يحبسه ويدفع اليهما كلما حصل من خدمته الى مبلغ ما أديا انتهى (وان كان بعتق تدبير فالقيمة وليستوفيا من خدمته) نحو هذا هي عبارة ابن الحاجب قال سحنون لو شهدا على رجل انه دبر عبده فقضى بذلك والسيد ينكر ثم رجعا وأقرا بالزور فليتعجل منهما قيمة العبد ويقال لهما أدخلا فيما أدخلتماه فاقتضيا من الخدمة التي أبقيتما في يده ما أديتما ثم رجع بقية خدمته لسيده وانظر لو شهدا انه بتل عتق مدبره ابن المواز لو شهدا انه أعتق مدبره فقضى بتعجيل عتقه ثم رجعا فعليهما قيمته للسيد لأنهما أتلفاه عليه ولانها ان كانت أمة كان له وطؤها ويقضي بها دينه بعد موته (فان عتق بموت سيده فعليهما وهما أولى ان رده دين أو بعضه) ابن المواز فان مات السيد وهما في الخدمة التي صارت لهما قبل أن يستوفيا وخرج من ثلثه عتق ولا شئ لهما غير ما أخذا وان لم يخرج الا بعضه فالشاهدان أحق بما رق منه حتى يستوفيا ما بقي لهما فان فضل من ثمن ما رق منه شئ بعد ذلك فهو لورثته ولم ير بحافيما أديا (كالجناية) سحنون لو مات المدبر قبل أن يستوفيا وترك مالا أو قتل لاخذا من ماله أو قيمته ما بقي لهما وان لم يترك شيأ فلاشئ لهما (وان كان بكتابة فالقيمة واستوفيا من نجومه وان رق فمن رقبته) سحنون ان شهدا أنه كاتب عبده فقضى بذلك ثم رجعا وأقرا بالزور فالحكم ماض وليؤديا قيمته ناجزة للسيد يوم الحكم ويتأديانها من الكتابة على النجوم فان اقتضياها مثل ما أديا رجع السيد فأخذ باقي الكتابة منجمة فان أداها عتق وان عجز رق له وان عجز قبل أن يقبض الراجعان ما أديا نقل ابن عرفة انه يباع لهما منه تمام ما بقي لهما منه فان عجز عن تمامه لهما (٢٠٤) فلاشئ لهما هذا قول ابن عبد الحكم قال ابن المواز وبه أقول وعليه أصحاب مالك وما قاله ابن القاسم غير معقول راجع ابن عرفة وابن يونس (وان كان بايلاء فالقيمة وأخذ من ارش جناية عليها وفيما استفادته قولان) من كتاب ابن المواز ان شهدا على رجل انه أولد جارية أوانه أقر انها ولدت منه فحكم عليه بذلك ثم رجعا فعليهما قيمتها للسيد ولاشئ لهما وهي أم ولد للسيد يطؤها ويستمتع بها ولم تبق فيها خدمة ولا يرجعان فيها بما غرما الا أن تجرح أو تقتل فيؤخذ لذلك ارش فلهما الرجوع في ذلك الارش بمقدار ما أديا والفضل للسيد قال محمد ولا يرجعان فيما تستفيد من مال بعمل أو هبة أو بغير ذلك وذلك للسيد مع ما أخذ وقال سحنون يرجعان في الارش في كل ما تستفيده (وان كان بعتقها فلاغرم) ابن المواز ان شهدا في أم ولد رجل انه أعتقها فحكم بذلك ثم رجعا فقال أشهب وعبد الملك لاشئ على الشاهد لانه لم يبق له فيها غير الوطء ولا قيمة له كما لو شهدا انه طلق امرأته ثم رجعا وان السفيه يعتق أم ولده فيجوز ذلك وقال ابن القاسم على الشاهدين قيمتها للسيد كما لو قتلها رجل والقول الأول أقوم وأوضح (أو بعتق مكاتبه فالكتابة) سحنون ان شهد المكاتب ان سيده قبض منه كتابته وأعتقه أو شهدا على انه أسقط عنه كتابته وخرج حرا فقضى بذلك ثم رجعا فليغرما للسيد ما أتلفا عليه مما كان على المكاتب كان ذلك عينا أو عرضا قال في كتاب ابن المواز يؤديانه على النجوم وقاله عبد الملك انتهى نقل ابن يونس (وان كان ببنوة فلاغرم الابعد أخذ المال بارث) من كتاب ابن سحنون من ادعى انه ابن فلان والاب ينفيه فاقام بينة ان الاب أقر انه ابنه فحكم بذلك ثم رجعا قبل موت الاب فلاشئ عليهما في النسب قبل أن يرث ويمنع العصبة وحينئذ يغرمان للعصبة ما أتلفا (الا أن يكون عبدا فقيمته أولا ثم ان مات وترك آخر فالقيمة للآخر وغرماله نصف الباقي) من كتاب ابن المواز وان شهدا على رجل انه أقر في عبده انه ابنه فقضى بالحاق نسبه وحريته ثم رجعوا والسيد صحيح البدن فالحكم بالنسب ماض وعليهما للسيد قيمة العبد فان مات الأب بعد ذلك وترك ولدا آخر مع المستلحق فليقتسما تركته الا قيمة المستلحق التي أخذ الاب من الشاهدين فانها تعزل من التركة فتكون لابن الاول وحده لأن المستلحق يقول ان أباه ظلم فيها الشهود وانه لا ميراث له فيها وينظر ما حصل للمستلحق من الميراث غير القيمة فيغرم

شهادة بعتق بعد الحكم به نفذ ذلك سواء كان المعتوق عبدا أو أمة ابن عرفة عن كتاب ابن سحنون الا ان الامة ان علمت ان البينة شهدت بزور فلا يحل لها أن تبيح فرجها وان لم تعلم فذلك لها انتهى وان استمر السيد مقيما على الجحد وطلب من الشاهدين الراجعين قيمة المشهود بعتقه غرما قيمته انتهى ص ﴿وان كان ببنوة فلاغرم الابعد أخذ المال بارث﴾ ش تصوره من شارحه ظاهر (تنبيهان * الاول) انظر لو كان الابن صغيرا يلزم الأب نفقته فهل يرجع الأب على الشاهدين بالنفقة لم أر فيه نصا والظاهر الرجوع وهو الذي يظهر من كلام البساطي والله أعلم * الثاني قوله بارث احترز به مما لو أخذه بدين له أو غصب أو غير ذلك فلاغرم على الشاهدين قاله البساطي ص ﴿وترك آخر﴾ ش تصوره واضح ولم يفرع المؤلف على ما اذا تركه فقط ولم يترك ولدا آخر وذكره ابن الحاجب

فقال ولو لم يترك غير المستلحق والمال مائتان وكانت القيمة المأخوذة مائة أخذ المستحق مائة وبيت المال مائة ثم غرم الشاهدان مائة أخرى التى فوتاها فلو طرأ دين مائة أخذت من المستحق ورجع الشاهدان بمائة على من غرماها له انتهى وانظر لو طرأ دين أكثر من مائة هل يؤخذ الفاضل على المائة التى بيد الولد من مائة القيمة التى بيد الورثة أو بيد نائب بيت المال لم أر الآن التصريح به والظاهر الأخذ أخذا من المسئلة التى بعد هذه فى كلام المؤلف بالاحروية وانما تركوا التصريح به لوضوحه والله أعلم ص ﴿ أخذ من كل نصفه وكمل بالقيمة ﴾ ش ويؤخذ منه لغز وهو ان ذكرين يأخذ أحدهما ثلث تركة والده والآخر الثلثين وان طرأ دين على أبيهما غرماه بالسوية هى هذه المسئلة اذا فرض مخلف الاب ثلثمائة فمائة للقيمة وللدين الطارىء مائتان فاقل والله أعلم قال البساطى وانما قدم الوفاء من المال على القيمة لأنه محقق للميت بخلاف القيمة والله أعلم ص ﴿ ورجعا على الاول بما غرمه العبد للثانى ﴾ ش بما غرمه العبد للغريم كقول ابن الحاجب بما غرمه المستلحق للغريم ولو عبر المؤلف بالملحق كما فعل ابن الحاجب لكان أوضح لكن الشارح عبر عن هذا المعنى كما عبر ابن عبد السلام والمصنف فى التوضيح بقولهما ثم يرجع الشاهدان على الثابت النسب بما غرماه له لأنهما انما غرماه له بسبب اتلافهما له بشهادتهما فلما وجب الدين وجبت التركة له فلم يتلفا شيأ انتهى وهو غير واف بشرح كلام المؤلف كما ترى وحاول البساطى شرح هذا المعنى فقال بعد ان شرح كلام المؤلف بما شرحوه به فان قلت عبارته ليس معناها ما حللتما به وهو ظاهر - قلت انما عدل عن ذلك الى قوله بما غرمه العبد للغريم لأن الدين قد لا يستغرق التركة فلا يخرج من يد الابن الثانى جميع ما أخذ بل يبقى شئ فلا يرجعان على الاول بما يلزم الثانى للغريم انتهى وهو ظاهر الان فرض مسئلة المؤلف وابن الحاجب انما هو طرو دين مستغرق فلا يلائم حينئذ ما قاله البساطى ويظهر لى شئ وان ساعده النقل كان حسنا وهو ان الابن المستلحق لما أخذ نصف المال غير القيمة قد يستهلك بعضه قبل ظهور الدين فاذا ظهر الدين فلا يوجد فى يده الا بعض المال وهو معسر فيأخذ الغريم منه ما وجده فى يده فالظاهر هنا أن الشهود لا يرجعان على الاول الا بما دفعه المستلحق للغريم لأنه قد أتلف بشهادتهما بعض المال فتأمله وحرر النقل فيه والله أعلم ص ﴿ وان كان برق لحر فلا غرم ﴾ ش قال فى التوضيح فى الرجوع عن الشهادة فيما اذا رجعا عن الشهادة بعبودية شخص ويتخرج على ما أنفق عليه فقهاء قرطبة فى أيام القاضى ابن بشير فيمن باع حرا وتعذر رجوعه وفسخ البيع ان عليه الدية ان يكون هنا عليه الدية انتهى وقال ابن عرفة قلت هذا يناقض ما ذكره اللخمى وابن رشد قال فى سماع عبد الملك من جامع البيان من باع حرا وغاب فعليه طلبه حتى يرده فان عجز عن رده فقيل يغرم دية للورثة وكتب بها الى القاضى بقرطبة فجمع أهل العلم وكتب لقاضيه الذى سأله ان أغرمه دية كاملة قلت وحكاه اللخمى رواية لابن حبيب فى ترجمة غصب ما لا يجوز بيعه وكان يجرى الجواب عن المناقضة بان تسبب الشاهدين فى رقه أهون من تسبب البائع فى رقه لاستقلال بائعه برقه وعدم استقلال الشاهدين برقه لمشاركة مدعى رقه لهما فى ذلك انتهى ونحوه لابن عبد السلام ولم ينقل فى التوضيح الجواب واقتصر على ما تقدم ويأتى من هذه المسئلة وفروعها ألغاز كثيرة ظاهرة من لفظها والله أعلم (فرع) قال ابن عرفة الشيخ من كتاب ابن سحنون ان شهدا على رجل انه عبد لمن ادعاه والمدعى عليه يجحد فحكم برقه ثم قاطعه المحكوم عليه بمال أخذه منه وأعتقه أو كاتبه عليه فأدى وعتق

الشاهدان مثله للابن الاول بما أتلفاه عليه قال محمد وانما جعلنا القيمة للابن الاول لانا لو قسمناها بينهما لرجع الشاهدان على المستلحق بما أخذ منها فاخذاه منه لانه مقر أنه لا رجوع لابيه عليهما لصحة نسبه فاذا أخذ ذلك منه قام عليهما الابن الاول فأخذ ذلك منهما لانه يقول لو بقى ذلك بيد المستحق وجب له الرجوع بمثله عليكما أن تغرما كل ما أخذ لى من تركة أبى لانكما الحقتماه بأبى (وان ظهر دين مستغرق وأخذ من كل نصفه وكمل بالقيمة ورجعا على الاول بما غرمه العبد للغريم) قال محمد فلو طرأ على الميت دين مائة دينار فليأخذ من كل واحد من الوالدين نصفها فان عجز ذلك أتم قضاء ذلك الدين من تلك القيمة التى انفرد بها الاول ورجع الشاهدان على الابن الثابت فأغرماه مثل الذى غرمه المستلحق للغريم * ابن يونس لانهما قد كانا غرماله مثل ما أخذ المستلحق والذى أخذ المستلحق قد قضى بها دين الاب ولا ميراث للابن الثابت الا ما فضل عن الدين وأيضا فهو كما لو لم يأخذ المستحق شيأ لكن يجب عليهما غرم ذلك للثابت فلذلك وجب أن يرجعا به عليه (وان كان برق لحر فلا غرم والا لكل ما استعمل ومال انتزع ولا يأخذه المشهود له وورث عنه

وله عطيته لا تزوج) ابن عبد الحكم ان شهدا على رجل انه عبد فلان وهو يدعى الحرية فقضى برقه ثم رجعا فلا قيمة عليهما ويغرمان للعبد كل ما استعمله سيده وخراج عمله وما انتزعه منه وليس لمن قضى بملكه أخذه له ذلك منه لانه عوض ما أخذه منه ولو مات العبد لم يرث ذلك السيد ولكن يوقف ذلك حتى يستحق ذلك المستحق ثم يرثه بالحرية وان أوصى منه العبد كان ذلك فى الثلث وان وهب منه أو تصدق جاز ذلك ويرث باقيه ورثته ان كان له من يرثه ان كان حرا وليس للعبد ثم أن يتزوج منه لان النكاح ينقص رقبته (وان كان بمائة لزيد وعمرو ثم قالا لزيد غرما خمسين لعمرو فقط) انظر هذا انما يغرمانها للمقضى عليه نقل ابن يونس عن ابن عبد الحكم انه ان شهد شاهدان على رجل انه أقر لفلان وفلان بمائة دينار فقضى بذلك لهما ثم رجع الشاهدان فقالا انما شهدنا بها لاحدهما وسمياه فللمقضى عليه بالمائة أن يرجع عليهما بخمسين لانهما أقرا انهما أخرجاها من يده الى يد من لاحق له فيها ولا تقبل شهادتهما للآخر ان المائة كلها له لانهما يجران برجوعهما ولا عليهما أن يغرما له شيأ لانه ان كان له حق فقد بقى على من هو عليه وليس قول من قال انهما يغرمان (٢٠٦) خمسين له شئ لانهما انما أخذا خمسين من مال المطلوب فأعطياها من لاشئ له عليه اه من ترجمة الرجوع عن الشهادات من ابن يونس (وان رجع أحدهما غرم نصف الحق) هذه مسئلة أخرى ذكرها ابن يونس فى ترجمة دعوى الرجوع على البينة عن ابن القاسم انه ان رجع أحد الشهيدين عن شهادته بحق بعد الحكم غرم نصف الحق فقط (كرجل مع نساء) سحنون لو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع الشاهد وامرأة على الرجل بنصف الحق وحده ولا تضم المرأة الى رجل وانما تضم الى مثلها واثنان منهما كرجل عدل فلو رجع الرجل والنسوة كلهم لزم الرجل نصف الحق والنسوة نصفه (وهو معهن فى الرضاع كاثنين) وقد تقدم قوله فى الرضاع وثبت برجل وامرأة قال المتيطى وهو قول مالك وابن القاسم وغيرهما انظره مع هذا ابن الحاجب لو كان مما يقبل فيه امرأتان كالرضاع ونحوه ورجعوا فعلى الرجل سدس وعلى كل امرأة نصف سدس * ابن عرفة يريد أن الشهود رجلان وعشر نسوة كذا صورها ابن شاس وذكر فيهما من الحكم مثل ما ذكره ابن الحاجب قال ابن هرون جعلوا على الرجل ضعف ما على المرأة وفيه فانظر والقياس استواء الرجل والمرأة فى الغرم فى هذا الفصل لان شهادة المرأة فيه كشهادة الرجل وقاله ابن عبد السلام قال ابن عرفة لا أعرف هذه المسئلة لاحد من أهل المذهب انما ذكرها الغزالى فاضافها ابن شاس للمذهب وعليه فى ذلك تعقب عام وهو اضافته ما يظنه انه جار على المذهب الى المذهب كأنه نص فيه وتعقب خاص وهو حيث يكون الاجراء غير صحيح كهذه المسئلة وقد تقدم ان ما لا يظهر للرجال كالحيض والرضاع والاستهلال ان المرأتين العدلتين تقومان مقام العدلين ولم ينقل ابن يونس عن مالك الا رواية ابن حبيب عنه انه اذا شهدت امرأة ورجل على استهلال الصبى لم تجز شهادتهما قال وقاله ربيعة وابن هرمز وغيرهما قال ابن حبيب وذلك لارتفاع الضرورة بحضور الرجل فسقطت شهادة المرأة وبقى الرجل

ثم أقر بالزور غرما للمشهود عليه ما أدى للسيد والحكم ماض والولاء قائم انتهى ص * وله عطيته * ش يحتمل أن يكون المصدر مضافا للمفعول فيكون المعنى ان ما أعطى له يكون له لا للسيد وان يكون مضافا للفاعل وهو الظاهر يعنى به وله عطيته أى المال يعنى له ان يعطى من ذلك المال الذى تحت يده والله أعلم قال ابن عرفة وان أعتق من هذا المال عبدا جاز عتقه وكان ولاؤه بعده لمن كان يرث عنه الولاء لو كان حرا ولا يرثه العبد ان مات ومعتقه حى قلت كذا وجدته فى نسخة عتيقة من النوادر وانه لا يرثه العبد ان مات ومعتقه حى وهو مشكل ان أريد بالعبد المرجوع عن الشهادة برقه وقد عتق الا أن يريد بقوله ومعتقه حى أن المعتق هو من أعتقه العبد المرجوع عن شهادته فتأمل ذلك انتهى ونقله صاحب الذخيرة على خلاف ذلك ونصه ولو أعتق العبد قبل موته من هذا المال عبدا فان ولاءه بعد ذلك لمن كان يرث عنه الولاء لو كان حرا ويرثه العبد ان مات ومعتقه حى انتهى وهو كذلك فى الجواهر (تنبيه) وصاياه فى هذا المال نافذة من الثلث قاله فى الذخيرة والله أعلم ص * وان رجع أحدهما غرم نصف الحق * ش فلو ثبت الحق بشاهد ويمين ثم رجع الشاهد فهل يلزمه نصف الحق أو الحق كله اختلاف فى ذلك وهو على الخلاف فى القضاء بالحق هل هو مستند للشاهد فقط واليمين استظهارا أو مستندا للشاهد واليمين معا واليمين كالشاهد الثانى قاله فى التوضيح فى تعارض البينتين فى ترجيح الشاهدين على الشاهد واليمين وذكر الخلاف فى اليمين مع الشاهد ابن فرحون فى تبصرته انتهى ص * وهو معهن فى الرضاع كاثنتين * ش فان قيل كيف يتصور الغرم فى الرضاع والحال أنهما ان شهدا

وحده فلم تجز شهادته وقد سمعت من أرضى من أهل العلم يجيز ذلك وهو أحب الى وانظر فى الرضاع قد قال مالك وابن القاسم انه يثبت بامرأتين وبامرأة واحدة ورجل (وعن بعضه غرم نصف البعض) ابن القاسم وغيره لو رجع أحد الشاهدين عن نصف ما شهدا به غرم الربع وان رجع عن الثلث غرم السدس (وان رجع من يستقل الحكم بعدمه فلا غرم فاذا رجع غيره فالجميع) قال ابن القاسم لو كانت البينة ثلاثة فرجع أحدهم بعد الحكم فلا شئ عليه لبقاء من يثبت الحق به فان رجع ثان غرم هو والاول نصف الحق بينهما بالسوية وللمقضى عليه مطالبتهما بالدفع للمقضى له (وللمقضى له ذلك اذا تعذر من المقضى عليه) قال فى كتاب ابن المواز اذا حكم بشهادتهما ثم رجعا فهرب المقضى عليه قبل أن يؤدى فطلب المقضى له أن يأخذ الشاهدين بما كانا يغرمان لغريمه لو أعدم قال لا يلزمهما غرم حتى يعدم للمقضى عليه فيغرمان له حينئذ ان أقرا بتعمد الزور ولكن ينفذ القاضى الحكم للمقضى عليه على الراجعين بالغرم هرب أو لم يهرب فاذا عدم أغرمهما وكالو شهدا على رجل بحق لسنة ثم رجعا فلا يرجع عليهما حتى تحل السنة ويغرم هو وله أن يطلب المقضى بذلك عليهما ولا يغرمان الآن وقال ابن عبد الحكم للمقضى عليه أن يطلب الشاهدين بالمال حتى يدفعاه عنه الى المقضى له انتهى نص ابن يونس وفى الموازية لا غرم على الراجعين عند عدم المقضى عليه لانهما لو لم يرجعا لم يكن للمقضى له شئ لعسر المشهود عليه وهنا انتهى كتاب الشهادات عند ابن شاس ويتلوه عنده كتاب الدعوى والبينات ومجامع الخصومات قال وهى تدور على خمسة أركان الدعوى والجواب واليمين والنكول والبينة (وان أمكن جمع بين البينتين جمع) ابن شاس الركن الخامس البينة قال وقد ذكرت شروطها وصفاتها فى الشهادات والمقصد هاهنا فى تعارض البينتين ومهما أمكن الجمع بينهما جمع ابن عرفة تتقرر صور الجمع مثل قولها من قال (٢٠٧) لرجل أسلمت اليك هذا الثوب فى مائة أردب حنطة وقال الآخر بل هذين الثوبين لثوبين سواه فى مائة أردب حنطة وأقاما جميعا البينة لزمه أخذ الثلاثة الأثواب فى مائة أردب (والا رجح بسبب ملكه كنسج ونتاج الا بملك من المقاسم) أنظر هذا مع ما يتقرر قال ابن القاسم فى دابة ادعاها رجلان وليست بيد أحدهما فأقام أحدهما البينة انها نتجت عنده وأقام الآخر البينة انه اشتراها من المقاسم فهى لمن اشتراها من المقاسم بخلاف من اشتراها من سوق المسلمين لأن هذه تسرق وتغصب ولا تحاز على الناتج الا بأمر يثبت وأمر المغنم قد استوقن انها خرجت من ملكه بحيازة المشركين ولو وجدت فى يد من نتجت عنده وأقام هذا بينة انه اشتراها من المغانم أخذها منه أيضا وكان أولى بها الان يشاء ان يدفع اليه ما اشتراها به ويأخذها قاله سحنون وقال أيضا لو أقام رجل بينة أن هذه السلعة ملكه وأقام الآخر بينة أنه اشتراها من السوق كانت لذى الملك * اللخمى والشهادة بالملك ان تطول الحيازة ومن المدونة لو أن أمة ليست بيد أحدهما أتى أحدهما ببينة انها له لا يعلمون انها خرجت عن ملكه بشئ وأقام الآخر بينة أنها له ولدت عنده لا يعلمون انها خرجت عن ملكه بشئ قضى بها لصاحب الولادة قال فى المدونة أيضا والنسج مثل الولادة ولابن سحنون البينة بالملك تقدم على البينة بالنسج ويقضى لمن شهد له بالنسج بقيمة عمله بعد حلفه ما عامه باطلا ومن المدونة أيضا اذا أقام كل واحد من الحائز والمدعى بينة على نتاج أو نسج كان ذلك لمن هو بيده عند تكافؤ البينة (أو تاريخ) ابن شاس ان كانت احدى البينتين مطلقة والاخرى مؤرخة قدمت المؤرخة على المطلقة وذكر اللخمى فى هذا قولين فانظره (أو تقدمه) اللخمى وان أرختا قضى بالاقدم وان كانت الاخرى أعدل وسواء كانت تحت يد أحدهما أو تحت أيديهما أو تحت يد ثالث أو لا يد عليها واختلف اذا أرخت احداهما أنظر الشهادات من ابن يونس فى ترجمة المتداعيين يقيم كل واحد منهما بينة (وبمزيد عدالة الاعدد) من المدونة قال مالك من كانت فى يديه دور أو عبيد أو عروض ودراهم أو دنانير أو غير ذلك من الاشياء فادعى ذلك رجل وأقام بينة انها له وأقام من ذلك بيده بينة أنه له قضى بشهادة أعدلهما وان كانت أقل عددا فان تكافأتا فى العدالة سقطتا وبقى الشئ بيد حائزه ويحلف ولا أقضى بأكثرهما عددا لأن التكافؤ فى العدالة لا فى العدد حتى لو كانت بينة أحدهما رجلين أو رجلا

بالرضاع قبل الدخول انفسخ النكاح بلا مهر وان شهدا به بعد الدخول فالمهر للوطء وانما فوتا بشهادتهما العصمة وهى لا قيمة لها كما تقدم فى الطلاق فالجواب انه يتصور ذلك بعد موت الزوج أو الزوجة فيغرم الشاهدان للباقى من الزوجين ما فوتاه من الارث ويغرمان للمرأة بعد موت الزوج ما فوتاها من الصداق وان شهدا بالرضاع قبل الدخول فيتصور ذلك قبل الدخول من جهة المرأة على القول بانهما يغرمان نصف الصداق اذا شهدا بطلاق غير المدخول بها ثم رجعا ويتلمح ذلك من كلام ابن عبد السلام فتأمله والله أعلم ص * وان أمكن جمع بين البينتين جمع * ش هذا

جائزة ويحلف وذلك ان كل بينة أكذبت الاخرى وجرحتها سقطتا قال غيره ليس هذا بتجريح ولكن البينة لما تكافأت صارت كأنها لم تأت بشئ وبقيا على الدعوى قال سحنون ولو كان تجر بحالم تجز شهادتهم فيما يستقبل (وبشاهد على شاهد ويمين أو امرأتين) اما ترجيح الشاهدين على شاهد ويمين فقال ابن حبيب ان جاء أحدهما بشاهدين عدلين وأقام الآخر شاهدا أعدل أهل زمانه وأراد أن يحلف معه فليقض بالشاهدين وكذلك روى أصبغ عن ابن القاسم انه يقضى بشهادة الشاهدين روى عنه أبو زيد انه يقضى بالشاهد الاعدل مع يمين الطالب دون شهادة الشاهدين وان كانا عدلين وبهذا أخذ أصبغ وكذلك في كتاب ابن المواز انتهى من ابن يونس وقال ابن رشد ما في سماع أبي زيد اغراق في القياس والقول الآخر أظهر وأما ترجيح الشاهدين على الشاهد والمرأتين فقال المازرى

شروع منه رحمه الله في الكلام على تعارض البينتين قال ابن عرفة وهو اشتمال كل منهما على ماينافي الآخر فمهما أمكن الجمع بينهما جمع كالدليلين وتتقرر صورة الجمع بمثل قولها ومن قال لرجل أسلمت اليك هذا الثوب في مائة اردب حنطة وقال الآخر بل هذين الثوبين بثوبين سواه في مائة أردب وأقاما جميعا البينة لزمه أخذ الثلاثة في مائتي أردب ولو قال المسلم اليه أسلمت الى هذا الثوب الذى ذكرت مع العبد فيما سميت وأقاما البينة قضى بالبينة الزائدة فيأخذ الثوب والعبد وتلزمه المائة أردب انتهى ومسئلة المدونة التى ذكرها في كتاب السلم الثاني في أواخر ترجمة دفع السلم قبل محل الاجل وقال ابن يونس اثر قوله في المدونة لزمه أخذ الثلاثة الى آخره يريد سواء كانا في مجلس واحد أو في مجلسين انتهى وقال في التوضيح مثل عدم التعارض لو شهد واحد أنه أقر بمائة وآخر انه أقر بخمسين في مجلسين انتهى والذى رأيته في نسختين لو شهد واحد وصواب العبارة ان يقول بينة أو واحدة لأن ماذكره ليس من باب تعارض البينتين في شئ ثم قال ابن عرفة ولابن رشد في سماع يحيى من الشهادات ان شهدت احدى البينتين بخلاف ماشهدت به الاخرى مثل أن تشهد احداهما بعتق والثانية بطلاق أو احداهما بطلاق امرأة والثانية بطلاق امرأة أخرى وشبه هذا فلم يختلف قول ابن القاسم بهما معا ورواية المصريين فانه تهاتر من البينتين وتكاذب يحكم فيه باعدل البينتين فان تكافأتا سقطتا وروى المدنيون يقضى بهما معا استويتا في العدالة أو احداهما أعدل انتهى ثم قال وقول ابن الحاجب ومهما أمكن الجمع جمع يدل على أنه ان شهدت احداهما بانه طلق الكبرى والاخرى بأنه انما طلق الصغرى انه يجمع بينهما وتقدم من نقل ابن رشد انه خلاف قول ابن القاسم ورواية المصريين انتهى وفي كلامه نظر من وجهين (الاول) مالزم ابن الحاجب لزمه لأنه صدر في أول كلامه بمثل ماقال ابن الحاجب كما تقدم عنه (الثاني) فرضه هو ومانقله ابن رشد لا يمكن الجمع فيه لأن فرض المسئلتين ان البينتين في مجلس واحد وكل واحدة تنفي ان يكون تكلم لغير ماشهدت به يتبين ذلك بنقل المسئلة بلفظها قال في أثناء المسئلة الخامسة من رسم الصبرة من سماع يحيى قال ابن القاسم لو ان أربعة نفر شهد منهم رجلان على رجل أنه طلق امرأته وشهد الآخران انه لم يتفوه في مجلسه ذلك بشئ من الطلاق ولكنه حلف بعتق غلام له سمياه لم أر لهم شهادة أجمعين في طلاق ولا عتاق لأن بعضهم أكذب بعضا وهو الذى سمعناه قال وان اختلفوا فقال بعضهم نشهد انه طلق امرأته فلانة أو أعتق غلامه فلانا وقال الآخر نشهد أنه ماذكر امرأته فلانة حتى تفرقنا وما حلف بطلاقها ولكنه حلف بطلاق امرأته فلانة يريد امرأة أخرى أو قال نشهد ماأعتق الذى شهدتم له بالعتاقة ولكنه أعتق فلانا غلاما آخر فان الشهادة تبطل وتسقط من قول الاولين والآخرين في العتاق والطلاق على هذا النحو لأن بعضهم أكذب بعضا انتهى وذكر ابن رشد في شرحها مانقله ابن عرفة عنه فتأمله منصفا والله أعلم بالصواب (فرع) قال ابن عرفة في كتاب الشهادات في تعارض البينتين قال في نوازل سحنون في كتاب الشهادات ان شهدت بينة بقتل زيد عمرا يوم كذا وبينة بانه كان ذلك اليوم ببلد بعيد عن موضع القتل قضى ببينة القتل قال ابن رشد هذا مشهور المذهب وقاله أصبغ وقال اسماعيل القاضي يقضى ببينة البراءة ان كانت أعدل وان كانتا في العدالة سواء طرحتا وقاله ابن عبد الحكم

واللخمى عن المذهب تقدم شهادة الاعدل مع امرأتين على رجلين عدلين فيبقى النظر اذا استووا في العدالة فحكى ابن شاس عن ابن القاسم لا ترجيح وقال أشهب يقدم الشاهدان على الشاهد والمرأتين راجع ابن عرفة

انتهى (قلت) قال ابن رشد فى شرح هذه المسئلة قال ابن عبد الحكم فى أدب القضاء الذى كنت أسمع فيما كنا نتناظر عليه مع أصحابنا ان شاهدين لو شهدا على رجل انه أقر عندهم بعرفات يوم عرفة من العام الفلانى لرجل بمائة دينار وشهد آخران انه كان عندهم بمصر فى ذلك اليوم بعينه ان شهادة الذين شهدوا عليه بالمائة أحق وأولى قالوا لأن هذين شهدوا بحق ولم يشهد الآخران بحق ولست أعرف هذا المعنى والذى أرى ان كان الشاهدان اللذان شهدا انه كان بمصر فى ذلك الوقت أعدل ان لا يكون له شئ ألا ترى أنه لو شهدا على رجل بحق أقر به عندهما فى سنة مائتين وشهد شاهدان أعدل منهما انه مات قبل ذلك بشهر انه جرحة ولو كانتا فى العدالة سواء لطرحتهما وكذلك لو شهدوا انه ولد بعد المائتين قال ابن رشد لكلا القولين وجه وحظ من النظر وستأتى هذه الكلمة فى نوازل أصبغ فنتكلم عليها انتهى (قلت) زاد فى النوادر عن المجموعة وكتاب ابن سحنون مانصه قال سحنون الا أن يشهد مثل أهل الموسم فى جماعتهم انه أقام لهم الحج ذلك اليوم أو أهل مصر انه صلى بهم العيد ذلك اليوم فيبطل القتل لأن أهل الموسم لا يجتمعون على الغلط ولا يشتبه عليهم وقد يشتبه على الشاهدين وأكثر من ذلك (قلت) ذكره لأهل الموسم وأهل مصر يقتضى انه لا ترد شهادة الشاهدين الا بمثل ذلك العدد والظاهر أنه ليس مقصودا لذاته فاذا شهد جماعة يستحيل تواطؤهم على الكذب فالظاهر بطلان شهادة الشاهدين ولا ينضبط ذلك بعدد ويشهد لذلك ماذكره ابن عرفة فى الكلام على الترجيح بالعدد ونصه وفى لغو الترجيح بالكثرة واعتباره قوله ورواية ابن حبيب وفيها لا ابن القاسم لو شهد لهذا شاهدان ولهذا مائة وتكافؤا فى العدالة لم ترجح بالكثرة اللخمى والمازرى محمله على المغاياة ولو كثروا حتى يقع العلم بصدقهم لقضى بهم انتهى قال ونص ما أشار اليه ابن رشد فى نوازل أصبغ على اختصار ابن عرفة ان شهدت بينة بزنى رجل بمصر فى المحرم يوم عاشوراء وأخرى انه كان ذلك اليوم بالعراق حد وكذا لو شهدت بينة انه قتل فلانا بمصر وشهدت أخرى انه قتل فلانا بالعراق قتل بهما ابن رشد تفرقة أصبغ هذه على قياس مشهور قول ابن القاسم ان البينتين اذا اختلفتا بالزيادة أعملت ذات الزيادة وان اختلفت فى الأنواع سقطتا الا أن تكون احداهما أعدل فيقضى بها وقال أيضا ان اختلفتا بالزيادة سقطتا الا أن تكون احداهما أعدل فيقضى بها كاختلاف الانواع فلزم على قياس هذا ان شهدت الاخرى انه زنى ذلك اليوم بالعراق أن تسقط الا أن تكون احداهما أعدل فيقضى بها كما لو شهدت انه سرق ذلك اليوم بالعراق وهو الذى يوجبه القياس لتكذيب كل بينة الاخرى وتعليل أصبغ لاقامة الحد والقتل فانه يعلم صدق احدى البينتين غير صحيح لانه اذا علم ان احداهما كاذبة واحتمل أن تكون كل واحدة منهما هى الكاذبة احتمل كذبهما معا واذا احتمل كذبهما معا أو كذب احداهما لم يصح الحكم بأن احداهما صادقة الا أن تكون هى أعدل والى هذا نحا ابن عبد الحكم على ماذكرنا عنه فى نوازل سحنون ويأتى على قياس الاخوين عن مالك فى البينتين اذا شهدت احداهما بخلاف ماشهدت به الاخرى واستويا فى العدالة انه يقضى بشهادتهما معا انه يحد للزنا والسرقة اذا شهدتا به معا وهو بعيد جدا انتهى (تنبيه) قال القرافى ولا يقضى بأعدل البينتين الا فى الأموال قاله فى كتاب الاحكام فى تمييز الفتاوى عن الأحكام ونقله ابن فرحون وهو مخالف لما ذكرناه من سماع يحيى ونقله ابن عرفة فتأمله والله أعلم ص ﴿ ويد ﴾ ش قال القرافى فى كتاب الدعاوى (تنبيه) اليد عبارة عن القرب والاتصال فاعظمها ثياب

(ويد ان لم ترجح بينة تقابله فيحلف) أنظر قبل قوله أو تاريخ تقدم أيضا نص المدونة قضى بأعدلهما فان تكافأتا فى العدالة سقطت وبقى الشئ بيد حائزه ويحلف أنظر قبل قوله وبشاهدين

(وبالملك على الحوز) ابن شاس لو شهدت بينة أحدهما بالملك وبينة الآخر بالحوز قضى ببينة الملك ولو كان تاريخ الحوز متقدما * المازرى رجح أشهب الشهادة بالملك على الشهادة بالحوز الخ وكان بعض أشياخى يرى خلاف هذا راجع ابن عرفة (وبنقل على مستصحبة) هذه عبارة ابن الحاجب قائلا كاخوين مسلم ونصرانى ادّعى المسلم ان أباه أسلم وقال ابن عرفة قول ابن الحاجب تقدم الناقلة على المستصحبة هو قول مالك فى المدونة من أقامت بيده دار سنين ذوات عدد يحوزها ويمنعها ويكريها ويبنيها ويهدم وأقام رجل بينة ان الدار داره وانها لأبيه أو جده وثبتت المواريث فان كان هذا المدعى حاضرا يقرانه يراه يبنى ويهدم ويكرى فلا حجة له وذلك يقطع دعواه وان كان غائبا ثم قدم فادعاها وثبت الاصل له فان كان أتى الذى بيده الدار ببينة أو سماع ان أباه أو جده ابتاع هذه الدار من القادم أو من أحد آبائه أو ممن ورثها القادم منه أو ممن ابتاعها من أحد ممن ذكرنا فذلك يقطع حق القادم منها وان لم يأت الحائز ببينة يشهدون على الشراء فى قريب الزمان أو على السماع فى بعيده قضى بها للقادم الذى استحقها (وصحة الملك بالتصرف وعدم منازع) سحنون الشهادة بالملك ان تطول الحيازة وهو يفعل ما يفعل المالك لا منازع له وان لم تطل الحيازة لم يثبت الملك (وحوز طال كعشر سنين) ابن القاسم من حاز على حاضر عروضا أو حيوانا أو رقيقا فذلك كالحيازة فى الربع ان كانت الثياب تلبس وتمتهن والدواب تركب وتكرى والامة توطأ ولم يحد مالك فى الرباع عشر سنين ولا غير ذلك ولكن على قدر ما يرى ان هذا حازها دون الآخر فيما يبنى ويهدم ويكرى ويسكن قال ربيعة حوز عشر سنين يقطع دعوى الحاضر الا ان يقيم بينة انه انما أكرى وأسكن وأعار ونحوه ولا حيازة على غائب وقد قال عليه الصلاة والسلام من حاز شيأ عشر سنين فهو له * ابن حبيب وبذلك أخذ ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم وأصبغ وقال هذا فى الدور والارضين وأما غيرها من ثياب أو حيوان أو عبد فذلك أقصر مدة وكل شئ بحسبه وقدره فالثياب السنة والسنتان فيها حيازة اذا لبست راجع ترجمة الشهادة على الحيازة من ابن يونس (وانه لم يخرج عن ملكه فى علمهم) من المدونة سمعت مالكا غير مرة يقول فى الذى يدعى على العبد أو الثوب ويقيم بينة انه شيئه لا يعلمه باع ولا وهب فاذا شهدوا بهذا استوجب ما ادعاه (وتؤولت

الانسان التى عليه ونعله ومنطقته ويليه البساط الذى هو جالس عليه والدابة التى هو راكبها وتليه الدابة التى هو سائقها أو قائدها والدار التى هو ساكنها فهى دون الدابة لعدم الاستيلاء على جميعها قال بعض العلماء فيقدم أقوى اليدين على أضعفهما فلو تنازع الساكنان الدار سوى بينهما بعد ايمانهما والراكب مع الراكب والسايق قيل يقدم الراكب مع يمينه انتهى فتأمله والله أعلم ص ﴿ وبالملك على الحوز ﴾ ش (مسئلة) اذا شهد شاهدان بملك لرجل وشهد لمن هو بيده بالحيازة فنقل ابن سهل فى مسائل الأقضية عن ابن عتاب ان شهادتهم جائزة ولا يضرها اجتماعهما فيها لانهم شهدوا فى الامرين بعلمهم ورأوا حيازة يحتمل أن تكون بارفاق أو توكيل أو ابتياع وليس يلزمهم الكشف عن ذلك انتهى ص ﴿ وبنقل على مستصحبة ﴾ ش تصوره من كلام الشارح ظاهر قال فى كتاب الشهادات من المدونة ومن أقام بينة فى دار انه ابتاعها من فلان وانه باعه ما ملك وأقام من هى فى يده بينة انه يملكها قضى بأعدلهما وان تكافأتا سقطتا وبقيت الدار بيد حائزها * أبو الحسن لا بد من فصلين انه ابتاعها منه وانه باعه ما ملك واذا لم يذكر فى العقد الا الشراء دون هذه اللفظة لم تعارض الحوز والبينة بل لا تعارض الا الحوز وحده قال ابن أبى زمنين قف على هذه اللفظة فانه أصل جيد وعليه تدور أحكامهم وفائدته اذا كان فى عقد الشراء عند ذكر التاريخ ثم استحقت الدار لم يحتج المشترى الى اثبات الملك ثانية اذ قد يطول الزمان وتموت البينتان ولو قال المشترى للبائع أعطنى عقد الشراء فذلك له وفائدته اذا طرأ الاستحقاق رجع المشترى بالثمن على من وجد منهما وفائدته أيضا خوف أن يدعى البائع الأول انه لم يبع قط وله فى الاستحقاق الرجوع على غريم الغريم وكذلك الرد بالعيب الشيخ والعمل اليوم على أخذ النسخة وهو الحزم وفى النوادر واذا شهدت البينة بالشراء لا ينتفع الا أن يشهدوا له بطول الملك والحوز والتصرف وأن لا منازع سواء أثبت ذلك بشهود الشراء أو بغيرهم سواء ذكروا الشراء أم لا انتهى ص ﴿ وصحة الملك بالتصرف وعدم منازع وحوز ﴾ ش أى وشرط صحة الشهادة بالملك أن يكون ذلك لكونه رأى المشهود له يتصرف فى الشئ المشهود به تصرف الملاك فى املاكهم من غير منازع ص ﴿ وانه لم يخرج عن ملكه فى علمهم وتؤولت

على الكمال فى الاخير) ابن عرفة ظاهر قول الصقلى وابن رشد زيادة البينة لا يعلمون انه باع ولا وهب الخ انما هو كمال فى الشهادة لا شرط وهو نص قولها فى العارية وكان ابن هرون وابن عبد السلام يحملان المدونة على قوله أنظر ابن سلمون فى الاستحقاق (الا بالشراء) سحنون من حضر رجلا اشترى سلعة من السوق فلا يشهد انه ملكها ولو أقام رجل بينة انها ملكه وأقام هذا بينة انه اشتراها من السوق لكانت لصاحب الملك قد يبيعها من لا يملكها (وان شهد باقرار استصحب) ابن شاس لو شهدت بملكه بالامس ولم يتعرض للحال لم يسمع حتى يقولوا انه لم يخرج عن ملكه فى علمهم ولو شهدا انه أقر له بالامس ثبت الاقرار ويستصحب موجبه * ابن عرفة لا أعرف هذا (وان تعذر ترجيح سقطت وبقى بيد حائزه) تقدم نص المدونة لو كانت دار بيد رجل يدعيها فادعاها رجلان وأقام كل واحد بينة انها له وتكافأت بينتهما فان الدار تبقى بيد الذى هى بيده * اللخمى ان كانت فى يد أحدهما أقرت فى يده لعدم صحة دعوى الآخر ليس لأجل شهوده وان كانت بأيديهما لم تنزع منهما (أو لمن يقر له) ابن عرفة ان تكافأت بينة لمن ادعى ما بيد ثالث فقال اللخمى ان ادعاه لنفسه فقيل يبقى بيد حائزه لتجريح كل البينتين الاخرى * ابن عرفة هذا قول المدونة * اللخمى وعلى هذا القول ان اعترف به لأحدهما فهو لمن أقر بيده (وقسم على الدعوى ان لم يكن بيد أحدهما كالعدل) حكى ابن الحاجب الاتفاق على أحد الفرعين وليس كذلك بل فى كليهما الخلاف من المدونة قال ابن القاسم بلغنى عن مالك ان تكافأت بينة المتنازعين فى عفو من الارض سقطت وبقيت الارض كغيرها من عفو بلاد المسلمين حتى تستحق بأثبت من ذلك * ابن القاسم مثل أن يأتى أحدهما ببينة هى أعدل من الاولى وقال ابن القاسم عن مالك فى باب بعد هذا كل ما تكافأت فيه بينتان وليس بيد واحد منهما ولا يخاف عليه مثل الدور والارضين يترك حتى يأتى أحدهما بأعدل مما أتى به صاحبه الا أن يطول الزمان ولا يأتيا بغير ما أتيا به فانه يقسم بينهما لأن وقف ذلك يصير الى الضرر قال مالك ما كان يخشى تغيره مثل الحيوان والرقيق والعروض والطعام فانه يستأنى به قليلا لعل أحدهما يأتى (٢١١) بأثبت مما أتى به صاحبه فيقضى له به فان لم يأتيا بشئ وخيف عليه قسمته بينهما * ابن عرفة واذا وجب قسم المدعى فيه فقال ابن شاس ان لم يكن بأيديهما قسم على قدر الدعاوى * ابن هرون فعلى هذا ان ادعى أحدهما جميع الثوب والآخر نصفه قسم بينهما أثلاثا خلافا لأشهب وعبد الملك وسحنون ان للمدعى الكل النصف لاجماعهما على ذلك والنصف الثانى الذى تداعيا فيه بينهما نصفان وأما ان كان بأيديهما فعزا ابن الحاجب للأكثرين انه أيضا كذلك يقسم على قدر الدعاوى يعول عول الفرائض فاذا تداعيا الكل والنصف فالأكثرون تعول بالنصف خلافا لابن القاسم * ابن شاس وفاقا لمالك ولما ذكر ابن يونس ما قال ابن المواز وعبد الوهاب فيما اذا ادعى أحدهم جميع المال والآخر نصفه والآخر ثلثه قال وعلى ما ذكره ابن ميسر يضرب فيه صاحب الكل بستة أسهم وصاحب النصف بثلاثة أسهم وصاحب الثلث بسهمين فيقسم المال بينهم على أحد عشر سهما * ابن يونس وهذا القول أبينهما وأعدلهما والى هذا كان يذهب جماعة شيوخنا وهو جار على قول مالك فيمن اختلط له دينار مع مائة دينار لغيره ثم ضاع من الجملة دينار فهما شريكان هذا بمائة جزء من مائة دينار وهذا بجزء من دينار وهو جار على حساب عول الفرائض والوصايا كمن أوصى لرجل بمال والآخر بنصفه والآخر بثلثه فالثلث يقسم على أحد عشر سهما باتفاق فكذلك مسائل الدعوى (ولم يأخذه ان شهد أنه كان بيده) ابن الحاجب لو شهدا انه كان بيد المدعى لم يأخذه بذلك ولو شهد أنه عليه جعل صاحب يد (وان ادعى على أخ أسلم ان أباه أسلم فالقول للنصرانى وقدمت بينة المسلم الا بأنه تنصر ومات أو جهل أصله فيقسم كمجهول الدين وقسم على الجهات بالسوية) لو قال الا بأنه تنصر ومات فتعارضان ويقسم كمجهول الدين لتنزل على ما يتقرر قال ابن الحاجب تقدم البينة الناقلة على المستصحبة إذ لا تعارض كاخوين مسلمين ونصرانى ادعى المسلم ان أباه أسلم ثم مات فالقول قول النصرانى وتقدم بينة المسلم ولو شهدت بينة النصرانى انه نطق بالتنصر ومات فهما متعارضتان ولو كان الميت مجهول الدين قسم بينهما كالتعارض فلو كانوا جماعة واختلفت دعاويهم قسم المال لكل جهة نصف وان اختلف عددهم * ابن شاس لو كان فى احدى الجهتين جماعة وفى الاخرى واحد لكان لهم النصف وله النصف ابن يونس قال بعض فقهائنا لو شهدت احداهما بأنا رأيناه يصلى والأخرى بأنا رأيناه يؤدى الجزية ولم يؤرخا قضى بالارث للمسلم لأنه يمكن أن يكون كافرا وأسلم ويحتمل أن يكون بينهما

أيضا على الكمال * ش قال ابن الحاجب ويشترط فى بينة الملك بالأمس مثلا انه لم يخرج عن ملكه فى علمهم قال فى التوضيح قوله بالامس تنبيه بالاخف على الاشد لانه اذا اشترط هذا

نصفين (وان كان معهما طفل فهل يحلفان و يوقف الثلث فمن وافقه أخذ حصته و رد على الآخر وان مات حلفا وقسم أو للصغير النصف وهل يجبر على الاسلام قولان) لما ذكر ابن يونس مسئلة الاخ المسلم يدعى ان أباه أسلم قبل موته ونازعه أخوه الكافر قال اختلف ان كان معهما ولد صغير فقال أصبغ يأخذ النصف لان كل واحد مقر ان له النصف فيعطيه نصف ما بيده فيصير له وحده النصف وفى كتاب ابن سحنون يحلفان و يوقف ثلث ما بيد كل واحد منهما حتى يكبر الصغير فيدعى مثل دعوى أحدهما فيأخذ ماوقف له من سهمه فان مات قبل أن يبلغ حلفا واقتسما ميراثه انتهى نقل ابن يونس و روى عن أصبغ يأخذ النصف كاملا و يجبر على الاسلام وانظر قول خليل يوقف الثلث فمن وافقه أخذ حصته و رد على الآخر قال ابن عرفة قول ابن الحاجب يوقف ثلث ما بأيديهما فاذا كبر فمن ادعى دعواه شاركه و رد على الآخر ظاهره انه يأخذ نصف حظه وهو وهم انما يأخذ الثلث الذى وقف له كذا نقله المازرى ابن محرز والشيخ وابن شاس انتهى ونص ابن شاس يوقف ثلث ما بيد كل حتى يكبر فيدعى دعوى أحدهما فيأخذ ما أوقف له من سهمه و يرد للآخر ما أوقف له من سهمه قال ابن شاس الركن الاول من كتاب الدعوى وفيه ست مسائل (وان قدر على شيئه فله أخذه ان يكن غير عقوبة وامن فتنة ورذيلة) لامزيد على ما تقرر فى الوديعة عند قوله وليس له الاخذ منها الا لمن ظلمه بمثلها (وان قال أبرأنى موكلك الغائب انتظر فى القريبة وفى البعيدة يحلف الوكيل ما علم بقبض موكله ويقضى له فان حضر الموكل حلف واستمر القبض والاحلف المطلوب واسترجع ما أخذ منه) سمع عيسى ابن القاسم من طلب غريم موكله بدين له عليه بذكر حق فذكر الغريم انه دفع نصف الحق لموكله ولا بينة له لم ينفعه ذلك وغرم جميع الحق ولا يؤخره للقائه الغريم ولو غرم ثم قدم رب الحق فأقر بالقبض والوكيل معدم أو موسر لم يرجع الا على رب الحق * ابن رشد لم يفرق بين أن يكون الموكل قريبا أو بعيدا وفرق ابن عبد الحكم بين قربه و بعده وهو عندى تفسير ثم ذكر الخلاف ثم قال ومعنى قوله لم يرجع الا على

فى أقرب الايام الماضية مع بعد خروج الملك من يد مالكه فى هذا الزمان القريب فلا يشترط فى أبعد من ذلك من باب أولى وهذا الشرط الذى ذكره هو ظاهر ما فى الشهادات فى المدونة وفيها من تمام شهادتهم أن يقولوا ما علمناه باع ولا وهب ولا خرج عن ملكه بوجه من الوجوه قال مالك وليس عليه أن يأتى ببينة تشهد على البت انه ما باع ولا وهب ولو شهدت البينة بذلك كانت زورا و بهذا الظاهر قال ابن القاسم لانه قال فان أبوا أن يقولوا ما علموه باع ولا وهب ولا تصدق فشهادتهم باطلة وظاهر ما فى العارية من المدونة انه ليس بشرط قال وان شهدوا ان الدار له لم يقولوا لا نعلم انه ما باع ولا وهب فانه يحلف ما باع ولا وهب ولا تصدق ويقضى له ابن عبد السلام وقد أكثر الشيوخ هل كلامه فى المدونة متناقض أم لا وهل تقبل شهادة هؤلاء الذين شهدوا بالبت مع اطلاقها عليها بالزور أو يفصل فيهم بين أن يكونوا من العلماء فلا تقبل أو يكونوا من عوام الناس فتقبل والى هذا ذهب الشيخ أبو محمد وأبو عمران والذى قاله أبو ابراهيم وأبو الحسن ان ما فى الشهادة شرط كمال أبو الحسن الا أن تكون الشهادة على ميت فذلك شرط صحة ومراده بقوله كانت زورا انها غير مقبولة ولا يختلف انهم لا يلزمهم ما يلزم شهود الزور (فرع) من أقام بينة على شئ فقضى له به ثم أقام المدعى عليه بينة بخلاف ما شهدت به البينة الاولى فانه من تعارض البينتين و ينظر فى أعدلهما وكذلك ان أقام شخص بينة على شئ فقضى له به ثم أتى آخر فاقام بينة مثل بينة الاول فانه ينظر فيهما قال فى النوادر فى الذى يدعى الشئ فيقيم بينة فيحكم له به ثم يدعيه آخر فيقيم بينة على مثل ذلك ليس على الاول اعادة بينة ولا برد الشئ الى المقضى عليه أولا ولكن يقضى به لاعدل البينتين انتهى بالمعنى من كتاب الدعوى والبينات فى الترجمة المذكورة وما قبلها وفى نوازل ابن رشد فى المسئلة الثالثة والثلاثين من مسائل الدعوى والخصومات نحو ذلك فانظره ونقل البرزلى عنه فى مسائل الضرر نحو ذلك ونصه اذا ثبت حكم القاضى بقطع جرى الماء فى الطريق ببينة عادلة لا مدفع فيها بطل حق أصحاب الجنات الا أن يقدروا على قطع ضرر الطريق أو يثبتوا انه ليس بضرر على الطريق ببينة اعدل من الاولى أو تجريح شهود العقد الذين حكم بهم الحاكم فهم حينئذ أحق بالماء انتهى وهى المسئلة التى أشرنا اليها فى نوازل ابن رشد وفى المسئلة الثامنة من مسائل الوصايا من نوازل ابن رشد ما يدل على ذلك فى بينة شهدت برشد شخص وحكم القاضى بترشيده ثم بعد مدة شهدت بينة اعدل منها بانه لم يزل متصل السفه انه يحكم بسفهه وذكر فيها فائدة أخرى وهى ان أفعاله من يوم حكم القاضى بترشيده الى يوم الحكم بتسفيهه جائزة ماضية والله أعلم ص * (وان قال أبرأنى موكلك الغائب انتظر *

رب الحق معناه لا يلزمه أن يرجع عليه ويترك رب الحق بل له أن يرجع على ما شاء منهما ثم تكلم على يمين الاستحقاق واليمين فى مسئلة الدين ثم قال ورابع الاقوال قول ابن كنانة ان الوكيل يحلف وحينئذ يقتضى وقاله ابن القاسم فى المدونة وهذا كله فى الغيبة القريبة والبعيدة لا يقضى له فى المسئلتين الا بعد يمينه وفى البعيدة يحلف الوكيل ما علم بقبض موكله فان أحضر الموكل حلف واستمر القبض والا حلف المطلوب واسترجع ما أخذ منه (ومن استمهل لدفع بينة أمهل بالاجتهاد) ابن شاس اذا قال من قامت عليه بينة امهلونى فلى بينة دافعة أمهل مالم يبعد فيقضى عليه ويبقى على حجته اذا أحضرها وعبارة ابن الحاجب ومن استمهل لاقامة بينة أو لدفعها الخ وقال ابن عرفة هو مقتضى نقل الشيخ عن محمد لو قال القاضى للخصم قبل الحكم أبقيت لك حجة فقال نعم وقد تبين للقاضى أن حجته نفذت وأنه ملك فليضرب له أجلا غير بعيد فان تبين لدده أنفذ عليه الحكم وان ادعى بينة بعيدة لم يمهل (لحساب وشبهه بكفيل بالمال) ابن الحاجب من استمهل لدفع بينة أو لاقامتها أمهل جمعة ويقضى عليه ويبقى على حجته وللمدعى طلب كفيل فى الامرين ثم قال والمستمهل لحساب وشبهه يمهل اليومين والثلاثة بكفيل بوجهه وقيل ما يرى الحاكم (كان أراد اقامة ثان) من المدونة ان سأله كفيلا بالحق حتى يقيم البينة لم يكن له ذلك الا أن يقيم شاهدا فله أخذ الكفيل والا فلا الا أن يدعى بينة يحضرها من السوق أو من بعض القبائل فليوقف القاضى المطلوب عنده لمجئ البينة فان جاء بها والا خلى سبيله (أو لاقامة بينة فبحميل بالوجه وفيها أيضا نفيه وهل خلاف والمراد وكيل يلازمه أو ان لم تعرف عينه تأويلات) من المدونة قال ابن القاسم من كانت بينه وبين الرجل خلطة فادعى عليه حقا لم يجب عليه كفيل بوجهه حتى يثبت حقه وقال غيره له عليه كفيل ومن المدونة أيضا من ادعى قبل رجل غصبا أو دينا وعلمت تهمته فاما الغصب فينظر فيه اما أحلفه أو أخذ له كفيلا حتى يأتى بالبينة قال عياض بعضهم جعل له هنا أخذ الكفيل ولم يجعله له فى كتاب الكفالة وقيل ظاهره أخذ الكفيل بمجرد الدعوى وأما الدين فان كانت بينهما خلطة والا لم يعرض له عياض يحتمل أن يكون الكفيل هنا يعنى الموكل ابن يونس

ش هكذا فى أكثر النسخ ويعنى به اذا قال المدعى عليه لوكيل المدعى قد أبرأنى موكلك الغائب من الحق الذى تدعى به فان المدعى عليه ينظر حتى يحلف الموكل الغائب انه ما أبرأه وظاهره سواء كانت غيبته قريبة أو بعيدة وهذا القول ذكره ابن الحاجب وعزاه لابن القاسم وحكاه اللخمى فى آخر كتاب الشهادات بلفظ قيل ولم يعزه لابن القاسم ولا لغيره لكنه قال بعده انه الاصل وذكر ابن ناجى فى شرح المدونة فى كتاب الشهادات هذا القول عن اللخمى وقال انه ذكره بقيل وذكره ابن رشد فى رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الاقضية وفى رسم حمل صبيا من سماع عيسى من كتاب البضائع والوكالات فيمن وكل على طلب عبد بمصر وأقام البينة انه لموكله فانه لا يقضى له به حتى يحلف الموكل انه ما باع ولا وهب سواء كان الموكل قريبا أو بعيدا والمنصوص لابن القاسم فى سماع عيسى من كتاب البضائع والوكالات فى مسئلة دعوى المطلوب القضاء انه يقضى على المطلوب بالحق ولا يؤخر الى لقى صاحب الحق ومثله دعوى الابراء كما سيأتى بيانه ولم يفرق بين الغيبة القريبة والبعيدة لكن نقل فى النوادر فى ترجمة المقضى له بالسلعة هل يحلف وقال محمد بن عبد الحكم فى وكيل الغائب يطلب دينا ببينة له فقال المطلوب بقى من حقى أن يحلف لى المحكوم له انه ما قبضه فانه ينظر فان كانت غيبته قريبة انتظر حتى يقدم وكتب اليه وان كانت بعيدة فانه يدفع الحق الساعة ويقال للمقضى عليه اذا اجتمعت مع الطالب فحلفه وكتب له القاضى بذلك كتابا يكون بيده فان مات المقضى له حلف أكابر ورثته على مثل ذلك ولا يحلف الصغار وان كبروا بعد موته انتهى وكذلك نقل ابن رشد عن ابن عبد الحكم انه فرق بين الغيبة القريبة والبعيدة فقال انه يؤخر فى القريبة حتى يكتب للموكل فيحلف ولا يؤخر فى البعيدة ويقضى عليه بالحق قال ابن رشد وقوله عندى تفسير لقول ابن القاسم زاد فى كتاب الأقضية فى الرسم المذكور فقال لا خلاف انه لا يقضى له فى الغيبة القريبة الا بعد يمين الموكل وقال ابن كنانة ان كانت الغيبة قريبة كاليومين انتظر الموكل حتى يحلف وان كانت الغيبة بعيدة حلف الوكيل على انه ما يعلم موكله قبض من الحق شيأ ويقضى له وذكر ابن فرحون فى تبصرته فى الباب العاشر من القسم الثانى أن صاحب معين الحكام حكى عن ابن القاسم مثل قول ابن كنانة وذكر فى التوضيح عن ابن المواز انه يقضى على المطلوب وترجى له اليمين على الموكل فاذا لقيه حلفه فان نكل حلف المطلوب واسترجع ما دفع وذكر هذا القول أيضا ابن عبد السلام لكنه لم يعزه لابن المواز قال فعلى القول الذى

نقلناه عن ابن القاسم فى سماع عيسى ابن رشد قيده بالغيبة البعيدة كما تقدم وأما ماذكره فى آخره من تحليفه للموكل اذا لقيه فلا يخالف فيه ابن القاسم ولا ابن كنانة أيضا فتحصل من هذا انه فى الغيبة القريبة ينظر المطلوب حتى يحلف الموكل بلا خلاف على ما نقله ابن رشد وأما الغيبة البعيدة فالمنصوص فيها لابن القاسم وابن عبد الحكم وابن المواز وابن كنانة انه يقضى على المطلوب بالحق ولا يؤخر لكن ابن كنانة يقول لا يقضى عليه حتى يحلف الوكيل على نفى العلم ومقابل المنصوص القول الذى حكاه اللخمى بقيل وخرجه ابن رشد من يمين الاستحقاق (تنبيهات * الاول) اذا علم ذلك فقول المصنف انتظر كما هو الموجود فى غالب النسخ مشكل لانه يقتضى انه ينظر فى الغيبة البعيدة وقد علمت انه خلاف المنصوص لابن القاسم وقد اعترض ابن عرفة على ابن الحاجب فى عزوه لابن القاسم وعلى ابن عبد السلام فى قبوله ذلك فانه خلاف ما قال ابن القاسم فى سماع عيسى وان كلام ابن رشد يقتضى انه غير المنصوص وانما هو مخرج على ما فى نوازل عيسى لكن قد علمت ان اللخمى حكاه بقيل فكان ينبغى للمصنف أن يقول وان قال أبرأنى موكلك الغائب أو قضيته لم ينتظر فى البعيدة بخلاف القريبة فيؤخر كيمين القضاء ويوجد فى بعض النسخ وعليها تكلم ابن غازى ما صورته وان قال أبرأنى موكلك الغائب انظر فى القريبة وفى البعيدة يحلف الوكيل ما علم بقبض موكله ويقضى له فان حلف واستمر القبض والاحلف المطلوب واسترجع ما أخذ منه فقال الشيخ ابن غازى أما حلف الوكيل فهو قول ابن كنانة وقال ابن عبد السلام انه بعيد جدا الا انه يحلف لينتفع غيره وأما ما بعده من الكلام فانما ساقه ابن عبد السلام قولا آخر ولم يزد فى توضيحه على نسبته لابن المواز وأنت تراه هنا ركب هذه الفتوى من القولين فتأمله انتهى (قلت) اما ما ذكره من حلف الوكيل فهو قول ابن كنانة كما ذكر وهو ضعيف وأما ما ذكره بعد فقد تقدم أن ابن كنانة وابن القاسم وابن المواز القائلين بانه يقضى عليه ولا يؤخر لا يخالفون فى انه اذا لقى الموكل له أن يحلفه على ما ادعاه وكيله فان حلف مضى وان نكل حلف المطلوب واسترجع ما كان غرمه وهذا بين فتأمله فهذه النسخة حسنة موافقة للراجح من الأقوال الا ما ذكره فى حلف الوكيل فانه قول ابن كنانة الثانى لا فرق بين أن يقول المطلوب أبرأنى موكلك كما فرض المصنف المسئلة وابن الحاجب وغيرهما أو يقول قضيته الحق الذى تدعى به أو بعضه كما فرض المسئلة فى سماع عيسى من كتاب البضائع والوكالات (الثالث) اذا قضى على المطلوب بالحق ثم لقى الموكل فاعترف بما ادّعاه المطلوب من الابراء أو القضاء أو نكل عن اليمين وحلف المطلوب على ذلك فله أن يرجع بالحق الذى قضى به عليه على الوكيل أو على الموكل قاله ابن رشد فى كتاب البضائع والوكالات قال فان رجع على صاحب الحق رجع صاحب الحق على الوكيل الا أن يدعى انه دفع ذلك الى الموكل ويقيم على ذلك البينة (قلت) وان رجع على الوكيل فلا كلام الا أن يدعى انه دفع ذلك لموكله فله مطالبته به والله أعلم (الرابع) أما يمين الاستحقاق فقال ابن رشد فى كتاب الأقضية فى الرسم المذكور من سماع عيسى انه ان كانت الغيبة قريبة فلا اختلاف انه لا يقضى للوكيل الا بعد حلف موكله وان كانت بعيدة فالذى فى نوازل عيسى من كتاب البضائع والوكالات انه لا يقضى للوكيل الا بعد حلف موكله وحكى ابن حبيب فى الواضحة عن أصبغ انه يقضى للوكيل اذا كانت الغيبة بعيدة كما فى مسئلة دعوى القضاء والابراء وقال ابن كنانة يحلف الوكيل على العلم ويقضى له كما فى المسئلة السابقة فتحصل انه لا يقضى للوكيل فى

قول غيره له عليه كفيل يعنى اذا لم يكن المدعى عليه معروفا مشهورا فللطالب عليه كفيل بوجهه ليوقع البينة على عينه وأما لو كان المطلوب معروفا مشهورا فليس للطالب عليه كفيل بوجهه لانا نسمع البينة عليه فى غيبته وهذا معنى قول ابن القاسم

الغيبة القريبة الابعد يمين موكله فى المسئلتين بلا خلاف واما فى الغيبة البعيدة فقيل يقضى للوكيل فى المسئلتين حملا لمسئلة الاستحقاق على مسئلة دعوى القضاء والابراء وهو قول أصبغ واليه ذهب ابن أبى زيد قاله ابن رشد فى كتاب الأقضية وقيل لا يقضى له فى المسئلتين حتى يكتب الى موكله فيحلف حملا لمسئلة دعوى القضاء والابراء على مسئلة يمين الاستحقاق وقيل يقضى للوكيل بعد حلفه على العلم فى المسئلتين فهذه ثلاثة أقوال والقول الرابع لا فرق بين يمين الاستحقاق و يمين دعوى القضاء والابراء قال ابن رشد فى كتاب الأقضية واليه ذهب بعض المتأخرين وقال فى نوازل سحنون من كتاب البضائع وهو الاظهر الذى يعزى الى ابن القاسم لان اليمين فى الاستحقاق من تمام الشهادة لا يتم الحكم الا بها ويمين صاحب الدين أنه ما اقتضى من دينه شيأ انما تجب بدعوى الغريم انه قد قضى فيقال له اد الدين الى الوكيل واستحلف صاحبك اذا لقيته على دعواك (الخامس) هذا الذى ذكرناه فى هذه المسئلة يقتضى انه ليس على القاضى أن يستحلف الموكل على قبض حقه الغائب انه ما قبض منه شيأ وانه يكتب له بها دون يمين سواء خرج أو وكل قال ابن رشد وهو ظاهر ما فى رسم حمل صبيا من سماع عيسى من كتاب البضائع والوكالات وما فى نوازل أصبغ منه وهو خلاف ما فى رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الاقضية انه لا يكتب له حتى يستحلفه فى الوجهين خرج أو وكل انه ما اقتضى ولا أحال ولا قبل قال وعلى الرواية الاولى جرى العمل لانه يقول للقاضى لا تحلفنى فلعله لا يدعى انه قضانى شيأ وقيل انه يستحلفه اذا وكل ولا يستحلفه اذا خرج قال ابن رشد هذا أولى الأقوال وأعدلها هذا ملخص كلام ابن رشد فى سماع عيسى فى الموضعين المذكورين فى نوازل عيسى من كتاب البضائع والوكالات (السادس) قال فى التوضيح كلام ابن الحاجب يقتضى ان قول ابن كنانة خلاف لقول ابن القاسم وحمل غير واحد قولهما على الوفاق وان ابن القاسم يوافق على الانتظار فى المدة القريبة انتهى (قلت) هذا سهو منه رحمه الله فان القول الذى نقله ابن الحاجب عن ابن القاسم فى الغيبة القريبة والبعيدة فهل يشك أحد أن ابن القاسم يقول بالانتظار فى الغيبة على هذا القول فتأمله (السابع) لو كان الدين على غائب أو ميت فقال فى النوادر فى ترجمة المقضى له بالسلعة هل يحلف ولو كان الحكم بالدين على غائب أو ميت لم يقض للطالب حتى يحلف أنه ما قبض منه شيأ ولا من أحد بسببه لامكان أن يدعى الغائب أو الميت ذلك ولو كان الدين لميت قام به ورثته على غائب أو ميت فلا بد أن يحلف أكابرهم انهم ما يعلمون وليهم قبض من المقضى عليه ولا من أحد بسببه ولو كان المطلوب حيا لم يحلفوا حتى يدعى ذلك على الميت أو عليهم وقاله محمد بن عبد الحكم فى وكيل الغائب يطلب دينا فيثبت له فقال المطلوب بقى من حق أن يحلف لى المحكوم له انه ما قبضه الى آخر كلامه المتقدم (فرع) اذا كان الحق على الغائب أو الميت مؤجلا وقام الطالب عند حلول الأجل فلا بد من يمين القضاء كما نص عليه ابن فرحون فى تبصرته وسمعت ان بعض القضاة أسقط اليمين فى ذلك محتجا بكونه لم يتوجه طلبه الى الآن وهذا باطل لان يمين القضاء للتهمة وهى موجودة والله أعلم ويشهد لذلك ما ذكره البرزلى فى مسائل الأقضية عن المازرى ونصه وسئل المازرى عمن أوصى فى مرضه الذى توفى بأثره ان فى ذمته من كراء دار كذا كذا ثم وصل وكيل من رب الدار فى المركب يطلب تلك الدنانير فهل يلزم الموكل يمين مع انه ببلاد المشرق ولم يمض من المدة ما يقتضى انه قبض فيها شيأ من وقت اعترف له الميت وطلب وصى الايتام الحكم فى ذلك ما تراه فأجاب اذا لم تطل حياة

المقر من حين اقراره بل مات فى زمن لا يمكن القضاء فيه وليس بينهما من الوصلة ما يقتضى ان الموكل وهبه ذلك وهو غائب غيبة بعيدة لم يوقف الحق لاجل يمينه لانها يمين استظهار وبعد غيبته والقرائن المذكورة تدل على عدم قضاء الحق أو اسقاطه بالهبة انتهى فلم يسقط عنه اليمين مع القرائن الدالة على عدم القضاء بل جعل القرائن مقتضية لعدم ايقاف الحق لاجل اليمين اذا كانت الغيبة بعيدة والله أعلم ص ﴿ ويجيب عن القصاص العبد وعن الارش السيد ﴾ ش قال ابن فرحون فى التبصرة فى الفصل الثالث فى تقسيم المدعى عليهم (مسئلة) ومن أنواع المدعى عليهم العبد فاذا ادعى عليه بما يوجب القصاص فيلزمه الجواب وان ادعى عليه بما يوجب الارش فيطلب الجواب من السيد وان ادعى عليه بما يوجب المال فيطلب الجواب من العبد فان أقر وكان مأذونا فهو كالحر وان لم يكن مأذونا وقف اقراره على سيده فيرده أو يلزمه إياه فان أعتق قبل أن يعلم ما عند السيد لزمه الدين ولا يحكم القاضى بالزام الدين ذمته حتى يثبت عنده ما عند السيد فيه من إلزام أو إسقاط وذلك بعد ان يثبت عنده حال العبد من اذن أو حجر فان لم يثبت عنده شئ فهو على الحجر حتى يثبت عنده خلافه (فرع) قال مطرف اذا شهد للمأذون شاهد بحق ونكل لا يحلف السيد سيده ونكوله كاقراره جائز فان مات حلف السيد لانه وارثه (فرع) قال مالك الرسول لقبض الثمن ينكر القبض من المبتاع يحلف الرسول مع الشاهد فان تعذر لصغر ونحوه حلفت انك ما تعلم وصوله لرسولك وتستحق (فرع) قال فى الموازية ان بعت لابنك الصغير حلفت مع الشاهد فان رددت اليمين على المشهود عليه حلف وبرئ وغرمته وكذلك يغرم الوصى اذا ادعى غريم الميت الدفع للموصى فرد الوصى اليمين على الغريم لجنايته برد اليمين (فرع) قال مالك اذا استحق من يدك ما اشتراه شريكك الغائب المفاوض وشهد شاهد أن شريكك اشتراه حلفت أنت معه (فرع) قال ابن كنانة ان وكلته وثبتت الوكالة وجحد البائع وشهد شاهد حلفت معه وان لم تثبت الوكالة حلف الوكيل انتهى جميع الفروع من الذخيرة من كتاب الايمان عند الاقضية ص ﴿ واليمين فى كل حق بالله الذى لا إله إلا هو ﴾ ش قد يتبادر انه لا بد ان يكون فى اليمين حرف القسم فيه بالباء لان غالب من وقفت على كلامه من أهل المذهب يقول لما يتكلم على صفة اليمين واليمين بالله الذى لا إله إلا هو أو يقول وصفة اليمين أن يقول بالله الذى لا إله إلا هو ونحو ذلك الا ان الظاهر انه لا فرق بين الباء وغيرها من حروف القسم لكننى لم أقف على نص فى التاء الفوقية وأما الواو فغالب من رأيت كلامه من أهل المذهب كاللخمى وابن فرحون وابن عرفة والجزيرى والشيخ زروق فى شرح الارشاد وغيرهم يقولون بعد كلامه المتقدم واختلف اذا قال والله ولم يزد أو قال والله الذى لا إله إلا هو وقال الشيخ أبو الحسن قال أشهب وان حلف فقال والله الذى لا إله إلا هو لم يقبل منه وكذا اذا قال والله فقط فلا يجزئه حتى يقول والله الذى لا إله إلا هو اللخمى والذى يقتضيه قول مالك انها ايمان انتهى ورأيت فى الجزولى الكبير فى قول الرسالة واليمين بالله الذى لا إله إلا هو انظر اذا قال والله بالواو فهل يجزئه قاله أشهب أو لا يجزئه قاله ابن القاسم وانظر أيضا اذا اقتصر على قوله والله أو بالله ولم يقل الذى لا إله إلا هو هل يجزئه أو لا قولان وانظر اذا قال

(ويجب عن القصاص العبد وعن الارش السيد) ابن عرفة قول ابن شاس جواب دعوى القصاص على العبد يطلب من العبد ودعوى الارش يطلب جوابه من السيد واضح لأن الجواب انما يطلب من المدعى عليه وهو فى الاول العبد لأن اقراره به عامل دون سيده وفى الثانية السيد لان اقراره به عامل دون العبد (واليمين فى كل حق بالله الذى لا إله الاهو) ابن شاس الركن الثانى من كتاب الدعوى فى اليمين والنظر فى الحلف والمحلوف عليه والحالف والحكم أما الحلف فهو والله الذى لا إله الاهو ابن عرفة لفظ اليمين فى حقوق غير اللعان والقسامة فيما يحلف المدعى عليه أو من يحلف مع شاهده بالله الذى لا إله الاهو لا يزيد على هذا ابن رشد هذا هو المشهور فى صفة اليمين (ولو كتابيا وتؤولت أيضا على ان النصرانى يقول بالله فقط) من المدونة لا يحلف النصرانى واليهودى فى حق أو لعان أو غيره الا بالله ولا يزاد عليه الذى أنزل التوراة أو الانجيل * ابن محرز ظاهرها انهم لا يحلفون بالله الذى لا اله الاهو * ابن شبلون وغيره لانهم لا يؤدون ولا يكلفون ما ليس من دينهم وليس كذلك بل يحلفون اليمين على هذه الصورة ولا يكون ذلك منه ايمانا ونص عليه متقدمو علمائنا ويدل عليه استحلاف المجوس بالله وهم ينفون الصانع * عياض فرق غير ابن شبلون بين اليهود فألزمهم ذلك لقولهم بالتوحيد وبين غيرهم

بالذي لا إله إلا هو ولم يقل بالله فهل يجزئه أم لا فعلى قول ابن القاسم لا يجزئه وعلى قول أشهب يجزئه انتهى وهذا الذي ذكره غريب مخالف لجميع ما رأيته لان المنقول عن أشهب انه لا يجزئه كما نقله اللخمي وغيره ممن تقدم ذكرهم وغيرهم ومما يدل على ان الذي ذكره الجزولي أعني الخلاف في الواو لا يعرف ما ذكره في الجواهر فانه صدر الكلام بالواو فقال اما الحلف فهو والله الذي لا إله إلا هو ولا يزاد على ذلك في شئ من الحقوق ثم نقله بالباء بعد ذلك وذكر القرافي في ذخيرته لفظ الجواهر المتقدم ثم قال بعده وقاله في الكتاب يعني المدونة والذي فيها انما هو بالباء فدل انه لا فرق بين الباء والواو وقال الفاكهاني في شرح الرسالة والصحيح من المذهب الاجزاء بقول والله الذي لا إله إلا هو انتهى وفي المنتقى للباجي واتفق أصحابنا على ان الذي يجزئ من التغليظ باليمين بالله الذي لا إله إلا هو فان قال والله الذي لا إله إلا هو أو قال والله فقط فقال أشهب لا يجزئه حتى يقول والله الذي لا إله إلا هو والظاهر ان التاء كذلك والله أعلم (تنبيه) قال ابن العربي في العارضة في حديث ضمام فيه دليل على تغليظ اليمين بالألفاظ وذلك جائز للحاكم وكرهه علماؤنا ورواه الشافعي وما أحسنه وقال فيه دليل على تحليف الشاهد وبيمينه لا تبطل شهادته وهذا نص انتهى (مسئلة) من وجب عليه يمين فحلف بالطلاق أو باللازمة انظر الكلام على ذلك في أول الظهار من المشذالي ص ﴿وغلظت في ربع دينار بجامع﴾ ش تصوره ظاهر (فرع) قال في المسائل الملقوطة ومن التبصرة وأما التغليظ بالتحليف على المصحف فقال ابن العربي هو بدعة لم يرد عن أحد من الصحابة وقد أجازه الشافعية انظر الأحكام في سورة المائدة انتهى (فرع) قال القرافي في كتاب الدعاوى عن بعض القرويين اذا ادعى أحد المتفاوضين على شخص بثلاثة دراهم فليس عليه أن يحلفه في الجامع لان كل واحد انما يجب له درهم ونصف ولو ادعى عليهما بثلاثة دراهم حلفهما في الجامع لان كل واحد عليه درهم ونصفه وهو كفيل بالثاني فالثلاثة على كل واحد منهما انتهى بعضه باللفظ وبعضه بالمعنى (فرع) لا يحلف العليل في بيته الا ان تشهد بينة ان به علة لا يستطيع الخروج معها الا راجلا ولا راكبا والمسئلة مطولة في البرزلي نقلها المتيطي قبل الكلام على حريم البئر وقال في المسائل الملقوطة ومن التبصرة كان ابن لبابة يفتي في المريضة تجب عليها اليمين في مقطع الحق انها تحلف في بيتها على الحق انتهى (فرع) وأما التغليظ بالزمان فانظر كلامه في التوضيح فانه يدل على انه يتفق على تغليظ اليمين بالزمان في اللعان والقسامة وجعل التغليظ بالزمان في مختصره في باب اللعان مستحبا فتأمله وانظر ابن فرحون في تبصرته وقال ابن عرفة الباجي وهل تغلظ بالزمان روى ابن كنانة في كتاب ابن سحنون يتحرى بأيمانهم في المال العظيم والدماء واللعان وقتا يحضر الناس فيه المساجد ويجتمعون للصلاة وما سوى ذلك من مال وحق ففي كل حين ولابن حبيب عن الاخوين لا يحلف حين الصلاة الا في الدماء واللعان وأما في الحقوق ففي أي وقت حضر الامام استحلفه وقاله ابن القاسم وأصبغ انتهى ص ﴿ وبالقيام ﴾ ش قال في الرسالة في باب الاقضية يحلف قائما وقال في القسامة ويحلفون في القسامة قياما قال شارحها فان لم يحلفوا قياما فهل يكون ذلك نكولا أولا اختلف في ذلك انتهى ولم يذكروا خلافا في شرح قول الرسالة في باب الأقضية ويحلف قائما ص ﴿ وخرجت المخدرة ﴾ ش ذكر البرزلي في

(وغلظت في ربع دينار بجامع) أنظر حيث يكون الحلف بالجامع قال ابن عرفة معروف المذهب اختصاص ذلك بالجامع الاعظم قال اللخمي قال مالك وابن القاسم يحلف في مكانه ان كانت الدعوى في أقل من ربع دينار وان كانت في أكثر من ربع دينار أو في ربع دينار ففي المسجد الجامع حيث يعظم منه انظر بعد هذا عند قوله بالاستقبال (كالكنيسة وبيت النار) من المدونة يحلف اليهودي والنصراني في كنائسهم حيث يعظمون ويحلف المجوس في بيت نارهم وحيث يعظمون (وبالقيام) قال مالك في كتاب ابن سحنون يحلف جالسا وفي كتاب محمد قائما (لا بالاستقبال وبمنبره عليه الصلاة والسلام فقط) من المدونة ليس عليه أن يستقبل بيمينه القبلة ولم يعرف مالك اليمين عند المنبر الا عند منبر النبي صلى الله عليه وسلم قال ابن وضاح وسحنون ابن عاصم كان يحلف بالطلاق فمن أين أخذ هذا قال من قول عمر بن عبد العزيز تحدث للناس أقضية الخ قال ابن أبي زيد وكان سحنون لا يقبل الوكيل من المطلوب الا اذا كان مريضا أو امرأة أو يقبله من الطالب فقيل له أليس كان مالك يقبله منها فقال قد قال عمر بن عبد العزيز تحدث للناس أقضية (وخرجت المخدرة فيما ادعت أو ادعي عليها الا التي لا تخرج نهارا

وان مستولدة قليلا وتحلف في أقل بيتها) ابن شاس المخدرة لاتحضر مجلس الحاكم لتحلف في اليسير بل يبعث الحاكم اليها من يحلفها وان كانت تتصرف وتخرج الى غير ذلك وماله بال تخرج فيه الى المسجد ليلا ومن المدونة وتخرج المرأة فيماله بال من الحقوق فتحلف في المسجد وان كانت ممن لاتخرج نهارا فلتخرج ليلا فتحلف في المسجد قال مالك وان كان الحق يسيرا أحلفت في بيتها ان كانت ممن لاتخرج ويبعث اليها القاضي من يحلفها لصاحب الحق ويجزئه رجل واحد وأم الولد في ذلك مثل الحرة فيمن لاتخرج ومن تخرج (وان ادعت قضاء على ميت لم يحلف الا من يظن به العلم من ورثته) من قول مالك وأصحابه ان كان للميت بينة بدين على ميت أوغائب فقام ورثة الذي له الدين يطلبون به فلا بد أن يحلف أكابرهم انهم مايعلمون أن وليهم قبضه من المقضي عليه ولامن أحد من غيره بسببه ولايحلف الاصاغر وان كبروا بعد موته ابن عرفة قوله لايحلف الاصاغر يدل باللزوم على نص قولها لايمين على صغير ولا على من لايظن به علم ذلك ومن المدونة قال مالك اذا أقامت بينة لميت بدين فادعى المطلوب انه قضى الميت حقه لم ينفعه ذلك وله اليمين على من يظن به علم ذلك من بالغي ورثته على العلم ولايمين على من لايظن به علم ذلك ولا على صغير (وحلف في نقص بتا وفي غش علما) ابن الحاجب يحلف في الردىء على نفي العلم وفي النقص على البت ونص المدونة اذا أصاب المسلم

اليه رأس المال رصاصا أو نحاسا فردها عليه فقال له ما دفعت اليك الا جيادا فالقول قوله ويحلف ما أعطاه الا جيادا في علمه (واعتمد البات على ظن قوي كخطه أو خط أبيه أو قرينة) ابن الحاجب ما يحلف فيه بتا يكتفي فيه بظن قوي كخطه أو خط أبيه أو قرينة من نكول خصمه وشبهه وقيل المعتبر اليقين وقال ابن يونس من كتاب ابن سحنون وهو ملصق بقول مالك ان قيل كيف يحلف الوارث على مالم يحضر ولم يعلم وهو لايدري هل شهد له بحق أم لا قال يحلف مع الشاهد على خبره وتصديقه كما جاز له أن يأخذ ماشهد له به الشاهدان من مال أو غيره ولم يعلم ذلك ولايختلف في هذا اه من ابن يونس انظر قبل هذا عند قوله وان حلف المطلوب ثم أتى بآخر (ويمين المطلوب ماله عندي كذا ولاشئ منه ونفى سببا ان عين وغيره) أنظر قوله وغيره وعبارة ابن الحاجب يمين المطلوب ماله عندي كذا ولاشئ منه مطلقا فان ذكر شيأ نفاه معه على المشهور ابن شاس قال في الكتاب شرط اليمين أن تطابق الانكار ابن عرفة هو قولها في الشهادة من اشترى منك ثوبا ونقدك قيمته وجحدت الاقتضاء وطلبت يمينه فان أراد هو أن يحلف انه لاحق لك قبله فليس له ذلك قال مالك ولك أن تحلفه ما اشترى منك سلعة كذا بكذا الأن هذا يريد أن يوري ابن القاسم يريد بقوله يوري الالغاز أنظر ابن عرفة على ماذا يعود الضمير في قول ابن الحاجب معه (فان قضى نوى سلفا) ابن شاس قال أحمد بن زياد قلت لابن عبدوس اذا أسلف الرجل الرجل مالا فقضاه بعد ذلك بغير بينة وجحد القابض فان أراد أن يحلفه انه ما أسلفه وقال المستسلف بل احلف ماله عندي شئ قال لا بد أن يحلف ما أسلفه شيأ فله بقدر ما اضطررتموه الى يمين كاذبة أو الى غرم مالا يجب عليه قال يحلف ما أسلفه ويعني في ضميره سلف مايجب على رده اليه في هذا الوقت وبرئ من الاثم في ذلك ابن عرفة ذكر ابن حارث هذا كلفظ ابن شاس (وان قال وقف أو لولدي لم يمنع مدع من بينة) ابن شاس ان ادعى عليه ملكا وقال ليس لي انما

مسائل اليمين لما تكلم على القول بان المخدرة لاتخرج ويؤخذ من هذا ان الطالب لليمين لايحضر معها وبعث القاضي يكفي ونزلت وحكم فيها بانه يقف حيث يسمع يمينها ولايرى شخصها لانه قابض لليمين وعلى ما ذكرهنا يكون على وجه النيابة عنه انتهى وكأنه يشير الى ماذكره المشذالي في آخر باب الولاء فانه نقل عن ابن عرفة انه قال ذكر لنا شيخنا ابن عبد السلام انه حكم لرجل بيمين على امرأة وطلب حضوره معها لحلفها فأبت هي وزوجها خوف اطلاعه عليها قال فحكمنا بحضوره اياها متباعدا عنها أقصى مايسمع منها لفظ اليمين انتهى وذكر ابن عرفة المسئلة في مختصره لما تكلم على اليمين وقال بعد ماتقدم وفيها يعني المدونة في الحالفة في بيتها ويبعث القاضي اليها من يحلفها لصاحب الحق يجزئه رجل واحد (قلت) ظاهره انه لايقضى له بحضور يمينها في بيتها انتهى ص ﴿واعتمد البات على ظن قوي﴾ ش (فرع) قال في النوادر في ترجمة جامع الايمان من الجزء الاول من الاقضية فيمن ادعى على آخر ورث أباه لاوارث له غيره انه أودع اباه عبدا بعينه فقال الابن لاندري أصدقت أم لا فله ان يحلف الابن على علمه ويبرأ وهذا صواب انتهى ص ﴿ونفى سببا ان عين﴾ ش تصوره من كلام شارحه ظاهر وسئلت عن شخص بيده أمتعة فادعى عليه شخص قريب له أنها مخلفة عن مورث مورثه وانها مشتركة بين مورثه وبين المدعى عليه فأجاب المدعى عليه بانها ملكه وليست مخلفة عن مورثه فهل تلزمه اليمين كذلك أو يحلف انها ملكه فقط فأجبت

هو وقف على الفقراء أو على ولدى أو هو ملك الطفل لم يمنع ذلك اقامة البينة للمدعى مالم يثبت ماذكر بتوقف المخاصمة على حضور من ثبتت له عليه الولاية ابن عرفة لا أعرف هذه المسئلة الا للغزالى لكنها على مقتضى أصول المذهب (وان قال لفلان فان حضر ادعى عليه فان حلف فلمدع تحليف المقر وان نكل حلف وغرم مافوته) المازرى لو قال هى لفلان وهو حاضر فصدقه سلم له المدعى فيه والخصومة بينه و بين المدعى وللمدعى احلاف المقر انه ما أقر به لاتلاف حقه اذ لو اعترف انه أقر بالباطل وان المقر به انما هو لمدعيه لزم الغرم له فان حلف انه لم يقر الا بالصدق ولا حق فيه للمدعى سقط مقال المدعى فان نكل عن اليمين فههنا اختلف الناس هل يستحق بيمينه غرامة المقر لاتلافه باقراره ما أقر به أم لا لانه لم يباشر الاتلاف واذا توجهت الخصومة بين المدعى والمقر له وجبت اليمين على المقر له فان نكل حلف المدعى وثبت حقه فان نكل فلا شئ له عليه وهل له تحليف المقر أم لا قال ابن عبد السلام ليس له ذلك لأنها لو وجبت لكان للمقر النكول واذا نكل عنها لم يكن للمدعى ان يحلف لأنه قد توجه عليه هذا الحلف ونكل عنه * ابن عرفة نحوه قول عياض فى الوكالات (أو غاب لزمه يمين أو بينة وانتقلت الحكومة له فان نكل أخذه بلا يمين وان جاء المقر له فصدق المقر أخذه) ابن شاس اذا ادعى عليه ملكا فقال ليس لى انما هو لفلان الغائب فان أثبت ذلك ببينة انصرفت الخصومة عنه الى الغائب وان لم يثبت ذلك لم يصدق وحلف * ابن الحاجب وانتقلت الحكومة الى الغائب * ابن شاس وان نكل رجع المدعى به الى المدعى بغير يمين فان جاء المقر له فصدق المقر أخذه (وان استحلف وله بينة حاضرة أو كالجمعة يعلمها لم تسمع) من المدونة ان استحلفه عالما ببينة تاركا لها وهى حاضرة أو غائبة فلا حق له وان قدمت بينة وروى ابن وهب ان عمر قضى بالبينة وقال البينة العادلة أحب الى من اليمين الفاجرة وقاله شريح ومكحول والليث * ابن يونس واستحسن بعض فقهاء القرو يين اذا كان أمر البينات يطول عند القضاة ان له ان يحلف خصمه لعله ينكل فيستغني عن التكلف فى ذلك فان

اذا ادعى المدعى أن الأمتعة مخلفة عن مورث مورثه يلزم المدعى عليه اليمين على نفى ذلك فيحلف أنها ملكه وليست مخلفة عن مورثه والله أعلم ص ﴿وان قامت لفلان فان حضر ادعى عليه فان حلف فلمدع تحليف المقر وان نكل حلف وغرم مافوته أو غاب لزمه يمين أو بينة وانتقلت الحكومة له فان نكل أخذه بلا يمين وان جاء المقر له فصدق المقر أخذه﴾ ش أى وان قال المدعى عليه ليس هذا الشئ المدعى فيه ملكا لى بل هو لفلان فلا يخلو إما أن يكون فلان حاضرا أو غائبا فان حضر فلان وصدقه المقر فيما أقر له به ادعى عليه فان رجع وسلم انه للمدعى فواضح وان صمم على انه له فاما أن يقيم المدعى البينة أو يحلف المقر له فان أقام البينة فواضح وان حلفه فلا يخلو اما أن يحلف أو ينكل فان نكل قال ابن عرفة عن المازرى حلف المدعى وثبت حقه فان نكل المدعى فلا شئ له عليه وهل له تحليف المقر انه ما أقر الا بالحق كما فى الصورة الآتية أم لا قال ابن عبد السلام ليس له ذلك لانها لو وجبت لكان للمقر النكول عنها واذا نكل عنها لم يكن للمدعى أن يحلف لانه قد توجه عليه هذا الحلف ونكل عنه (قلت) ونحوه قول عياض فى الوكالات اذا اطلع بائع السلعة من وكل على شرائها على زائف فى الثمن فاحلف الآمر فنكل فوجبت اليمين للبائع قال وليس له أن يحلف المأمور عياض لان نكوله عن يمين الآمر نكول عن يمين المأمور انتهى ولم يتكلم المؤلف على هذا القسم وهو نكول المقر له وانما تكلم على قسميه فقال فان حلف صح له ما ادعى ثم يكون الخصام بين المدعى والمقر كما قال المؤلف فللمدعى تحليف المقر انه ما أقر الا بالحق ابن عرفة عن المازرى وانه ما أقر الا لاتلاف حق المدعى اذ لو اعترف انه أقر بالباطل وان المقر به انما هو لمدعيه لزمه الغرم فان حلف انه لم يقر الا بالصدق ولا حق فيه للمدعى سقط مقال المدعى انتهى وان نكل المقر عن اليمين حلف المدعى وغرم له المقر مافوته أى ما أتلف عليه باقراره ان كان مقوما فقيمته وان كان مثليا فمثله قاله ابن الحاجب قال فى التوضيح قال المازرى بعد ان ذكر ماذكره المؤلف يعنى ابن الحاجب ان للمدعى بعد تحليف المقر له أن يحلف المقر أيضا قال وعلى قول من ذهب من الناس الى ان متلف الشئ باقراره لغير مستحقه لا يطلب بالغرامة لا يمين هنا على المقر لانه لم يباشر الاتلاف وانما قال قولا حكم الشرع فيه باخراج ما أقر به من يده وكان سببا فى اتلافه فلهذا لا يمكن من تحليفه وأشار المازرى أيضا الى أن من الناس من رأى أنه لا غرامة على المقر اذا نكل عن اليمين بعد القول بتوجهها عليه ابن عبد السلام وفيه نظر انتهى كلام التوضيح وعلى ماذكر ابن الحاجب والمؤلف لو نكل المدعى عن اليمين بعد نكول المقر عن الحلف فلا شئ له كما تقدم فى كلام ابن عبد السلام الذى نقله عنه ابن عرفة

حلف كان له القيام ببينة كما اذا كانت بينته غائبة بعيدة ان له ان يقوم بها اذا حلف خصمه (وان نكل في مال وحقه استحق به بيمين) قال ابن شاس الركن الرابع النكول ولا يثبت الحق به بمجرده ولكن ترد اليمين على المدعى اذا تم نكول المدعى عليه و يتم نكوله بان يقول لا أحلف أو أنا ناكل أو يقول للمدعى احلف أو يتمادى على الامتناع من اليمين فيحكم القاضي بنكوله فان قال بعد ذلك أحلف لم يقبل منه قال ابن الحاجب النكول يجرى فيما يجرى فيه الشاهد واليمين * ابن عات قوله عليه السلام واليمين على من أنكر مذهبنا ان هذا على الخصوص إذ لو أن رجلا ادعى نكاح امرأة أو العكس انه لا يمين على المنكر إذ لا يقضى فيه بالنكول إذ لا ينعقد النكاح بالايمان (ان حقق) ابن زرقون واختلف في توجه يمين التهمة ومذهب المدونة انها تتوجه وعلى توجهها فالمشهور انه ان نكل فلا تنقلب على المدعى قال الباجى ان ادعى المودع تلف الوديعة وادعى المودع تعديه عليها صدق المودع الا ان يتهم فيحلف قاله أصحاب مالك قال ابن عبد الحكم فان نكل ضمن ولا ترد اليمين هنا (وليبين الحاكم حكمه) ابن شاس ينبغى للقاضى ان يعرض اليمين على المطلوب و يشرح له حكم النكول (ولا يمكن منها ان نكل بخلاف مدع التزمها ثم رجع) أنظر قوله ومدع هو تصحيف وانما المعنى لا يمكن منها ان نكل بخلاف ما اذا التزمها ثم رجع قال ابن عرفة قول ابن شاس اذا تم نكوله ثم قال أنا أحلف لم يقبل هو قولها قال مالك اذا نكل مدعو الدم عن اليمين وردوا الايمان على المدعى عليه ثم أرادوا بعد ذلك ان يحلفوا لم يكن لهم ذلك وكذلك قال لى مالك فيمن أقام شاهدا على مال وأبى ان يحلف معه ورد اليمين على المطلوب ثم بدا له ان يحلف فليس له ذلك وأما اذا التزم اليمين ثم أراد الرجوع الى احلاف المدعى فقال أبو عمران له ذلك قال أبو عمران وخالفنى ابن الكاتب وقال ليس له رد اليمين (وان ردت على مدع وسكت زمنا فله الحلف) ابن شاس نكول المدعى بعد نكول المدعى عليه كحلف المدعى عليه * ابن عرفة هذا هو نص الروايات في المدونة وفي غيرها ومثله قول ابن الحاجب لو ادعى انه قضاه ثم نكل بعد نكوله لزمه وقال ابن عرفة الاقوال ثلاثة ومن وجبت عليه يمين فقال امهلنى يومين أو ثلاثة أنظر في حسابى قيل يمهل وقيل لا وقيل يمهل ثلاثة أيام لا يزاد عليها وسئل ابن عتاب اذا رد المطلوب اليمين على الطالب فسكت ثم أراد ان يحلف فقال الراد لا أمكنك الآن وأنا أحلف على انكارى دعواك واليمين انما بقيت على لا عليك فجاوب يحلف الطالب و يستحق ما حلف عليه قاله مالك وعامة أصحابه * ابن سهل هو في سماع أصبغ

فراجعه وهذا الكلام فيما اذا كان المقر له حاضرا وأما اذا كان غائبا فهو المشار اليه بقوله أو غاب وكان الاحسن أن يقول وان غاب أى المقر له قال في التوضيح فان غاب غيبة بعيدة فلا خلاف انه لا يسلم لمدعيه بمجرد دعواه ولا خلاف أيضا انه لا يقبل قول المدعى عليه مجردا عن يمين أو بينة انتهى فلذلك قال المؤلف لزمه أى المقر يمين انه لفلان الغائب أو بينة على ذلك فان أقام البينة فلا كلام في أن الخصومة تنتقل بين المدعى والغائب كما قال المؤلف وانتقلت الحكومة له أى للغائب وان لم يقم البينة وأراد المدعى تحليف المقر فقال أشهب ان اليمين تلزمه كما قال المؤلف وللمازرى كلام خلاف هذا نقله في التوضيح فان نكل المقر عن اليمين أخذه المدعى بلا يمين وان جاء المقر له فصدق المقر أخذه وهو نحو قول ابن الحاجب فان جاء المقر له فصدق المقر أخذه فان كان مراده اذا أقام المقر بينة أو حلف فواضح وان كان مراده اذا نكل المقر عن اليمين وأخذه المدعى بلا يمين فالظاهر انه لا يأخذه المقر له الا بعد يمينه فتأمله والله أعلم ص ﴿ وان نكل في مال وحقه استحق به بيمين ان حقق ﴾ ش أى استحق المدعى فيه به أى بالنكول المفهوم من السياق وقوله بيمين أى مع يمين ان حقق الدعوى وان كانت يمين تهمة فان الحق يثبت فيها بمجرد النكول على المشهور صرح به ابن رشد انتهى من التوضيح قال ابن عرفة ابن زرقون اختلف في توجيه يمين التهمة فمذهب المدونة في تضمين الصناع والسرقة انها تتوجه وقاله غير ابن القاسم في غير المدونة وقال أشهب لا تتوجه وعلى الاول فالمشهور لا تنقلب وفي سماع عيسى من كتاب الشركة انها تنقلب (قلت) هو كلام ابن رشد الباجى ان ادعى المودع تلف الوديعة وادعى المودع تعديه عليها صدق المودع الا أن يتهم فيحلف قاله أصحاب مالك قال ابن عبد الحكم فان نكل ضمن ولا ترد اليمين هنا ابن زرقون وفي توجيه يمين الاستحقاق على المستحق انه ما باع ولا وهب ولا خرج عن ملكه بوجه من الوجوه على البت كان المستحق ربعا أو غيره ثالثها ان كان المستحق غير ربع للمشهور وابن كنانة و بعض شيوخ ابن أبى زمنين انتهى ص ﴿ ولا يمكن منها ان نكل ﴾ ش وسواء كان نكوله عند حاكم أو غيره اذا شهد عليه بذلك قال في رسم الجواب من سماع عيسى من كتاب المديان وسئل

وسماع عيسى وفي المختلطة (وان حاز أجنبي غير شريك وتصرف ثم ادعى حاضر ساكت بلامانع عشر سنين لم تسمع دعواه ولا بينته الا باسكان ونحوه) لامزيد على ماتقدم عند قوله وحوز طال كعشر وعند قوله وبنقل على مستصحبة وقال ابن الحاجب العمارة مدة طويلة والمدعى شاهد ساكت ولامانع من خوف ولا قرابة ولا صهر وشبهه فغير مسموعة ولا تسمع بينة الا باسكان أو اعمار أو مساقاة أو شبهها انتهى أنظر من هذا المعنى قول مالك (٢٢١) كل مال بيع أو تصدق به وصاحبه حاضر ينظر حتى بيع أو تصدق

عن الذي يدعى قبل الرجل حقا فيقول احلف لي على ان ما ادعيت عليك ليس بحق وتبرأ فيقول المدعى عليه بل احلف أنت وخذ فاذا هم المدعى أن يحلف للمدعى عليه قال لا أرضى بيمينك ولا أظنك تجترئ على اليمين وما أشبه ذلك وهل ذلك عند السلطان وغيره سواء قال ابن القاسم ليس للمدعى عليه أن يرجع ولكن يحلف المدعى ويستحق حقه على ما أحب الآخر أو كره لانه قد رد اليمين عليه فليس له الرجوع فيها وسواء كان ذلك عند السلطان أو غيره اذا شهد عليه بذلك وأقره قال ابن رشد هذه المسئلة متكررة في هذا السماع من كتاب الدعوى ومثله في الديات من المدونة ولا اختلاف أعلمه في أنه ليس له أن يرجع الى اليمين بعد أن يردها على المدعى واختلف هل له أن يرجع اليها بعد أن نكل عنها مالم يردها على المدعى فقيل ليس له ذلك وهو ظاهر ما في الديات عن المدونة ورواية عيسى عن ابن نافع في المدونة وقيل له ذلك وهو ظاهر قول ابن نافع في المدونة اهـ وانظر رسم الغيلة من سماع ابن القاسم في الديات ولا يعارض هذا ما وقع في كتاب ابن سحنون وقد فرق ابن عرفة بينهما في باب الاقرار ص ﴿ وان حاز أجنبي غير شريك وتصرف ثم ادعى حاضر ساكت بلامانع عشر سنين لم تسمع ولا بينته الا باسكان ونحوه ﴾ ش ختم رحمه الله كتاب الشهادات بالكلام على الحيازة لانها كالشاهد على الملك قال ابن رشد في رسم سلف من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق الحيازة لا تنقل الملك عن المحوز عنه الى الحائز باتفاق ولكنها تدل على الملك كارخاء الستور ومعرفة العفاص والوكاء وما أشبه ذلك فيكون القول معها قول الحائز مع يمينه لقول النبي صلى الله عليه وسلم من حاز شيأ عشر سنين فهو له لان المعنى عند أهل العلم في قوله صلى الله عليه وسلم هو له أي ان الحكم يوجبه له بدعواه فاذا حاز الرجل مال غيره في وجه مدة تكون فيها الحيازة عاملة وهي عشرة أعوام دون هدم ولا بنيان أو مع الهدم والبنيان على ما نذكره من الخلاف في ذلك بعد هذا وادعاه ملكا لنفسه بابتياع أو صدقة أو هبة وجب أن يكون القول قوله في ذلك مع يمينه انتهى وسواء ادعى صيرورة ذلك من غير المدعى أو ادعى انه صار اليه من المدعى اما في البيع فلا أعلم فيه خلافا وأما ان أقر انه ملك المدعى وصار اليه بصدقة أو هبة ففيه خلاف ذكره في رسم ان خرجت من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق وقول ابن رشد فيكون القول قول الحائز مع يمينه هو أحد القولين قال في الشامل وفي يمين الحائز حينئذ قولان والقول بنفي اليمين عزاه في التوضيح لظاهر نقل ابن يونس وغيره والقول باليمين عزاه لصريح كلام ابن رشد فهو أقوى وهو الظاهر والله أعلم ثم قال ابن رشد والحيازة تنقسم الى ستة أقسام أضعفها حيازة الأب عن ابنه ويليها حيازة الاقارب الشركاء بالميراث أو بغيره ويليها حيازة القرابة فيما لا شرك بينهم فيه والموالى والأختان الشركاء بمنزلتهم ويليها حيازة الموالى والاختان فيما لا شرك بينهم فيه ويليها حيازة

به ثم أراد الدعوى فيه بعد ذلك فليس ذلك له لأن ذلك مكر وخديعة اذا كان في بلد غير مقهور بالطاقة نقل في المفيد أما اذا بلغه عن ماله انه بيع عليه فلم يقم بحدثان ذلك ولا أشهد عدولا على الانكار لذلك الفعل فذلك رضا بالبيع وتسليم له وسئل ابن زرب عمن بيع ماله بحضره ولم ينكر فقال يقضى له بالثمن وليس له نقض البيع وسئل أيضا اذا كان غائبا ثم علم وسكت السنة والسنتين ان له القيام وقال أبو عمران وابن عبد الحكم ليس له قيام الا ان قام بعد اليوم والايام اليسيرة راجع المفيد قبل ترجمة بيع الرقيق وانظر ابن سلمون في ترجمة بيع الاب والوصى والفضولى وانظر كلام ابن رشد بعد هذا عند قوله وفي الشريك القريب وانظر من هذا المعنى أيضا اذا

رأى التركة تقسم ثم قام بذكر حق أنه لاشئ له نقل ابن سهل من نوازل عيسى ذكرها في النصف الاخير عن ابن لبابة وغيره (كشريك أجنبي حاز فيها ان هدم وبنى) قال ابن رشد واللفظ لابن سلمون وأما الاجنبيون فيما لا شركة بينهم فيه فان الحيازة تكون بينهم في العشرة الاعوام بأي وجه كانت من وجوه الاعتبار وان لم يكن هدم ولا بناء على المشهور من المذهب وأما فيما بينهم فيه شركة فلا تكون العشرة الاعوام حيازة الا مع الهدم والبناء

الاجنبيين الشركاء وتليها حيازة الاجانب فيما لاشرك بينهم فيه وهى أقواها والحيازة تكون بثلاثة أشياء أضعفها والسكنى والازدراع ويليها الهدم والبنيان والغرس والاستغلال ويليها التفويت بالبيع والهبة والصدقة والنحلة والعتق والكتابة والتدبير والوطء وما أشبه ذلك مما لا يفعله الرجل الا فى ماله والاستخدام فى الرقيق والركوب فى الدابة كالسكنى فيما يسكن والازدراع فيما يزرع والاستغلال فى ذلك كالهدم والبنيان فى الدور والغرس فى الارضين انتهى فبدأ المصنف بالكلام على القسم السادس وهى حيازة الاجنبى غير الشريك فقال وان حاز أجنبى غير شريك واحترز بقوله أجنبى من القريب فانه سيأتى حكمه وبقوله غير شريك من الاجنبى الشريك فانه سيأتى أيضا حكمه ومفعول قوله حاز محذوف أى حاز عقارا من دار أو أرض وأما غير العقار فلا يفتقر فى الحيازة الى عشرة أعوام كما سيأتى بيانه وقوله وتصرف بمعنى انه يشترط فى الحيازة ان يكون الحائز يتصرف فى العقار المحوز وأطلق التصرف لينبه على ان حيازة الاجنبى غير الشريك يكفى فيها مطلق التصرف ولو كان ذلك السكنى والازدراع الذى هو أضعف أنواع الحيازة وهذا هو المشهور وقال فى الرسم المذكور المشهور فى المذهب أن الحيازة بينهم يعنى بين الاجانب غير الشركاء تكون فى العشرة الاعوام وان لم يكن هدم ولا بنيان وعن ابن القاسم انها لا تكون حيازة الا مع الهدم والبنيان ولا خلاف انها تكون حيازة مع الهدم والبنيان انتهى وقوله ثم ادعى حاضر يعنى أنه يشترط فى كون الحيازة مانعة من سماع دعوى المدعى أن يكون المدعى حاضرا واحترز بذلك مما لو كان المدعى غائبا فان له القيام وان طالت المدة اذا كانت غيبته بعيدة كالسبعة الأيام قال فى التوضيح وان كانت الغيبة قريبة كاربعة أيام وثبت عذره عن القدوم والتوكيل من عجز ونحوه فلا حجة عليه وان أشكل أمره فظاهر المذهب أنه على قولين قال ابن القاسم لا يسقط حقه لانه قد يضعف عن القدوم قيل له فان لم يتبين عجزه عن ذلك قال قد يكون معذورا من لا يتبين عذره وذكر ابن حبيب أنه يسقط حقه الا أن يتبين عذره انتهى وانظر رسم الجواب من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق وقوله ساكت يعنى أنه يشترط أيضا فى الحيازة أن يكون المدعى ساكتا مدة الحيازة واحترز بذلك مما لو تكلم قبل مضى مدة الحيازة فان حقه لا يبطل وقوله بلا مانع يعنى ان سكوت المدعى فى المدة المذكورة انما يبطل حقه اذا لم يكن له مانع يمنعه من الكلام فلو كان هناك مانع يمنعه من الكلام فان حقه لا يبطل وفسر ابن الحاجب المانع بالخوف والقرابة والصهر وقد احترز المصنف من القرابة والصهر بقوله أولا أجنبى فيكون المراد بالمانع فى كلامه الخوف أى خوف المدعى من الذى فى يده العقار لكونه ذا سلطان أو مستند الذى سلطان فان كان سكوته لذلك لم يبطل حقه قال الجزولى وكذلك اذا كان للحائز على المدعى دين و يخاف ان نازعه أن يطلبه ولا يجد من أين يعطيه انتهى فتأمله و يدخل فى المانع ما اذا كان المدعى صغيرا أو سفيها فان سكوته لا يقطع دعواه قال ابن فرحون فى تبصرته فى الباب السادس والستين قال قال ابن العطار ولا يقطع قيام البكر غير المعنسة ولا قيام الصغير ولا قيام المولى عليه الاعتمار المذكور بحضرته الا أن يبلغ الصغير و يملك نفسه المولى عليه وتعنس الجارية وتحاز عنهم عشرة أعوام من بعد ذلك وهم عالمون بحقوقهم لا يتعرضون من غير عذر انتهى و يدخل فى المانع أيضا ما اذا لم يعلم المدعى بالحيازة أو لم يعلم بان العقار المحوز ملكه قال فى الرسالة ومن حاز دارا على حاضر عشر سنين تنسب اليه وصاحبها حاضر عالم قال الشيخ أبو الحسن الصغير فى أواخر كتاب

الشهادات لما تكلم على الحيازة وفى الرسالة وصاحبها حاضر عالم الشيخ أى عالم بالمعلومين بتصرف الحائز وبأنها ملكه قال فى الوثائق المجموعة حاضر عالم بانها ملكه واذا كان وارثا ويدعى انه لم يعلم فيحلف ويقضى له انتهى ونقله ابن فرحون فى تبصرته عن الطخيخى عن أبى الحسن الصغير بلفظ لابد هنا من العلم بشيئين وهما العلم بانه ملكه والعلم بانه يتصرف فيه ولا يفيد العلم باحدهما دون الآخر لانه اذا علم بالتصرف قد يقال ما علمت انه ملكى كما يقول الرجل الآن وجدت الوثيقة عند فلان فيقبل قوله ويحلف والعلم بهذين الوصفين قاله فى الوثائق المجموعة وابن أبى زيد انتهى (فرع) قال ابن ناجى فى شرح الرسالة قال ابن العربى وانظر اذا قال علمت الملك ولم أجد ما أقوم به ووجدته الآن هل يعذر أم لا (قلت) اختار شيخنا أبو مهدى انه يقبل وذلك عذر سواء كانت البينة التى وجد بينة استرعاء أم لا والصواب عندى انه لا يقبل منه لانه كالمقر والمعترف بأنه لا حق له فيه مدع رفعه انتهى زاد فى شرح المدونة ثم وقعت بالقير وان بعد عشرة أعوام فكتب فيها الشيخنا أبى مهدى فأفتى بما صوبت انتهى قال الشيخ يوسف بن عمر فى شرح قول الرسالة لا يدعى شيأ هذا اذا لم يمنعه مانع من القيام وأما ان خاف سطوة الحائز وأثبت ذلك فهو على قيامه وان ادعى مغيب البينة وقال ما سكت الا لانتظار بينتى فلا يقبل قوله والدعوة التى تنفعه اذا كان يخاصمه عند القاضى وأما غير ذلك فلا ينفعه اه ونحوه للجزولى ونصه وأما اذا قال علمت انها ملكى ولكن منعنى من القيام عدم البينة والآن وجدت البينة فانه لا ينفعه ذلك ويقضى بها للحائز بعد يمينه اذ لا بد من يمين القضاء ثم قال بعد ذلك وأما ان قال علمت بانها ملكى ولم أعلم بالحيازة فانه لا يقبل قوله لان العرف يكذبه وكذلك ان قال منعنى من القيام عدم البينة والآن وجدتها فانه لا ينفعه ولا قيام له انتهى وفى أول مسئلة من سماع أشهب من كتاب الاستحقاق ما يدل على انه اذا ادعى عدم العلم بالحيازة ينفعه ذلك ويحلف وأنه محمول على عدم العلم وقال ابن ناجى فى شرح قول الرسالة وصاحبها حاضر عالم ظاهر كلام الشيخ أن الحاضر محمول على عدم العلم بالملكية حتى يثبت وعزاه بعض من لقيناه لابن سهل وهو ظاهر التهذيب وقيل انه محمول على العلم حتى يتبين خلافه وهو قول ابن رشد وقيل بالاول ان كان وارثا وبالثانى ان لم يكن قاله فى الوثائق المجموعة وبه القضاء عندنا هكذا كان يتقدم لنا انها ثلاثة أقوال والحق ان الذى فى الوثائق المجموعة انما هو التنبيه على فرع متفق عليه وهو اذا ادعى الوارث الجهل بملكية مورثه فانه يقبل قوله مع يمينه ثم قال بعده قال ابن العربى وانظر اذا قال علمت المالك الى آخر الفرع المتقدم ويشير بالفرع المتفق عليه الى ما نقله أبو الحسن وابن فرحون عن الوثائق المجموعة فى كلامهما المتقدم وقوله عشر سنين يعنى ان مدة الحيازة الذى تبطل دعوى المدعى عشر سنين وهذا التحديد ذكره فى المدونة عن ربيعة ونصه ولم يحد مالك فى الحيازة فى الربع عشر سنين ولا غير ذلك وقال ربيعة حوز عشر سنين يقطع دعوى الحاضر الا أن يقيم بينة انه انما أكرى أو أسكن أو أخدم أو أعار ونحوه ولا حيازة على غائب وذكر ابن المسيب وزيد بن أسلم ان النبى صلى الله عليه وسلم قال من حاز شيأ عشر سنين فهو له انتهى قال فى التوضيح وبهذا أخذ ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم وأصبغ ودليله ما رواه أبو داود فى مراسيله عن زيد بن أسلم وذكر الحديث ثم قال ولابن القاسم فى الموازية ان السبع والثمان وما قارب العشرة مثل العشرة انتهى فتحصل فى مدة الحيازة ثلاثة أقوال الأول قول مالك فى المدونة انها لا تحدد بسنين مقدرة بل باجتهاد الامام وهكذا نقل ابن يونس فقال ولم يحد مالك

فى الرباع عشر سنين ولا غير ذلك ولكن على قدر ما يرى ان هذا قد حازها دون الآخر فيما يهدم ويبنى ويسكن ويكرى اه وهكذا نقله ابن شاس وابن عرفة وسيأتى لفظه والقول الثانى ان مدة الحيازة عشر سنين وهو القول الذى مشى عليه المصنف فى كتاب الشهادات وعليه اقتصر فى الرسالة قال فى النوادر وبه أخذ ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم وأصبغ وهكذا عزاه ابن يونس وابن شاس وتقدم نحوه عن التوضيح ونقله ابن عرفة عن النوادر وقال ابن يونس قال ابن سحنون لما أمر الله نبيه بالقتال بعد عشر سنين كانت أبلغ شئ فى الاعذار واعتمد أهل المذهب على الحديث المتقدم وعلى ان كل دعوى يكذبها العرف فانها غير مقبولة ولاشك ان بقاء ملك الانسان بيد الغير يتصرف فيه عشر سنين دليل على انتقاله عنه والله أعلم والقول الثالث أن مدة الحيازة سبع سنين فأكثر وهو قول ابن القاسم الثانى وقد ذكر ابن عرفة هذه الثلاثة الاقوال فقال وفى تحديد مدة الحيازة بعشر أو سبع ثالثها لاتحديد بعدة بل باجتهاد الامام وقال فى المسائل الملقوطة (مسئلة) فى قناة تجرى منذ سنة فى أرض رجل والذى تجرى عليه ساكت لاتكون السنة حيازة للتغافل عن مثلها وسكوت أربع سنين طول وحوز من كتاب الشهادات لابن يونس انتهى فتأمله مع ما تقدم وهل يكون قولا رابعا أولا والله أعلم وقوله لم تسمع ولا بينة هو جواب الشرط يعنى أن الحيازة اذا وقعت على الوجه المذكور فهى مانعة من سماع دعوى المدعى والظاهر أن المراد بعدم سماعها عدم العمل بها وبمقتضاها من انه لايتوجه على المدعى عليه يمين اذا أنكر انه لاتسمع ابتداء ولا يسأل المدعى عليه عن جوابها فان ذلك غير ظاهر لاحتمال أن يقر المدعى ويعتقد أن مجرد حوزه يوجب له الملك وقد تقدم ان الحوز وحده لاينقل الملك وانما هو دليل على انتقال الملك وقال صلى الله عليه وسلم لايبطل حق امرئ مسلم وان قدم قال ابن رشد فى آخر الكلام على المسئلة الرابعة من سماع يحيى من كتاب الاستحقاق وان الحائز لاينتفع بحيازته الا اذا جهل أصل مدخله فيها وهذا أصل فى الحكم بالحيازة انتهى وسيأتى كلامه برمته فى التنبيه الخامس فى قول المصنف وانما تفترق الدار من غيرها وقوله ولا بينته يعنى ان الحيازة المذكورة مانعة من سماع دعوى المدعى ومن سماع بينته أيضا فان قيل قوله لم تسمع دعواه يغنى عن قوله ولا بينته لانه اذا لم تسمع الدعوى لم تسمع البينة فالجواب والله أعلم انما قال ولا بينته خشية أن يتوهم أن الدعوى المجردة عن البينة هى التى لاتسمع وأما اذا قامت بها البينة فتسمع كما تقول فى دعوى العبد على سيده العتق والمرأة على زوجها الطلاق فان دعواهما لاتسمع اذا كانت مجردة عن البينة أعنى انه لايتوجه على السيد ولا على الزوج بسببهما يمين فان أقاما البينة على دعواهما سمعت وأيضا فانما قال ولا بينة ليفرع عليه قوله الا باسكان ونحوه والمعنى انه لاتسمع بينة المدعى الا أن تشهد البينة للمدعى بانه أسكن الحائز أو أعمره أو ساقاه أو زارعه أو شبه ذلك فانه اذا أقام البينة على ذلك حلف المدعى على رد دعوى الحائز وقضى له هذا ان ادعى الحائز ان المالك باعه أو نحو ذلك وأما ان لم يدع نقل الملك وانما تمسك بمجرد الحيازة فلا يحتاج الى يمين قاله فى التوضيح وغيره (تنبيهات * الأول) الهدم والبناء مقيدان بما اذا لم يهدم ما يخشى سقوطه فان ذلك لاينقل الملك وكذا الاصلاح اليسير قاله فى التوضيح (الثانى) الحيازة على النساء عاملة ان كن فى البلد ذكره ابن بطال فى المقنع (الثالث) تقدم انه لاحيازة على الغائب قال ابن بطال الا انه يستحب له اذا علم أن يشهد انه على حقه وقاله الرجراجى (الرابع) قال ابن رشد فى رسم سلف من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق وأما المدة فينبغى أن

يستوى فيها الوارث والموروث لعموم قول النبي صلى الله عليه وسلم من حاز شيأ عشر سنين فهوله وتضاف مدة حيازة الوارث الى مدة حيازة الموروث مثل أن يكون الوارث قد حاز خمسة أعوام ما كان مورثه قد حازه خمسة أعوام فيكون ذلك حيازة عن الحاضر انتهى (الخامس) اختلف هل يطالب الحائز ببيان سبب ملكه قال فى التوضيح قال ابن أبى زمنين لا يطالب وقال غيره يطالب وقيل ان لم يثبت أصل الملك المدعى فلا يسأل الحائز عن بيان أصل ملكه وان ثبت الاصل للمدعى ببينة أو باقرار الحائز سئل عن سبب ذلك وقال ابن عتاب وابن القطان لا يطالب الأأن يكون معروفا بالغصب والاستطالة والقدرة على ذلك انتهى باختصار وظاهر كلام ابن رشد فى رسم سلف ان الحائز يطالب ببيان سبب ملكه لانه حينئذ قال اذا حاز الرجل مال غيره فى وجهه مدة تكون فيها الحيازة عاملة وادعاه ملكا لنفسه بابتياع أو صدقة أو هبة وجب أن يكون القول قوله فى ذلك مع يمينه واختلف اذا كان هذا الحائز وارثا فقيل انه بمنزلة الذى ورث ذلك عنه فى انه لا ينتفع بها دون أن يدعى الوجه الذى يصير به ذلك الى مورثه وهو قول مطرف وأصبغ وقيل ليس عليه ان يسئل عن شئ لانه يقول ورثنا ذلك ولا أدرى بما اذا صار ذلك اليه وهو ظاهر قول ابن القاسم فى رسم ان خرجت من سماع عيسى من هذا الكتاب وقول ابن الماجشون وقوله عندى بين فانه ليس عليه أن يسئل عن شئ انتهى وأفتى فى نوازله بان الحائز لا يطالب بشئ حتى يثبت القائم عليه الملك وسيأتى كلامه فى التنبيه السادس وجزم فى شرح آخر مسئلة من نوازل عيسى من كتاب السداد والانهار بانه اذا ثبت أصل الملك لغيره فلا بد من بيان سبب ملكه قال بان يقول اشتريته منه أو وهب لى أو تصدق به على أو يقول ورثته عن أبى أو عن فلان ولا أدرى باى وجه يصير الى الذى ورثته منه قال وأما مجرد دعوى الملك دون أن يدعى شيأ من هذا فلا ينتفع به مع الحيازة اذا ثبت أصل الملك لغيره انتهى (فرع) قال ابن سهل فى مسائل الاقضية من ادعى عليه بأملاك فقال عندى وثائق غائبة ثم طولب عند حاكم آخر فأنكر تلك المقالة فقال ابن العطار ليس عليه احضار الوثائق انتهى انظر تمامها فيه (الثالث) لا تسقط الحيازة ولو طالت الدعوى فى الحبس بذلك أفتى ابن رشد فى نوازله فى جواب المسئلة الخامسة من مسائل الوقف وهى مسئلة تتضمن السؤال عن جماعة واضعين أيديهم على أملاكهم وموروثهم وموروث موروثهم نحوا من سبعين عاما يتصرفون فيه بالبناء والغرس والتعويض والقسمة وكثيرا من وجوه التفويت فادعى عليهم بوقفيتها شخص حاضر عالم بالتفويت المذكور والتصرف هو ومورثه من قبله ونصه ولا يجب القضاء بالحبس الا بعد أن يثبت التحبيس وملك المحبس لما حبسه يوم التحبيس و بعد ان تتعين الاملاك المحبسة بالحيازة لها على ما تصح فيه الحيازة فاذا ثبت ذلك كله على وجهه وأعذر الى المقوم عليهم فلم يكن لهم حجة الا من ترك القائم وأبيه قبله عليهم وطول سكوتهما عن طلب حقهما مع علمهما بتفويت الاملاك فالقضاء بالحبس واجب والحكم به لازم انتهى وأفتى بذلك أيضا فى المسئلة السادسة من مسائل الدعوى والخصومات فى مسئلة ابن زهر وهى مسئلة تتضمن أن رجلا فى ملكه ضيعة ورثها عن سلفه منذ سبعين عاما هو وأبوه وهم يتصرفون فيها تصرف المالك فى ملكه فقام عليه رجل وادعى ان الضيعة رهن بيده و بذلك ملكها سلفه قبله منهم واستدعى عقد السماع بالرهن فأثبت الذى بيده الضيعة ان جده ابتاعها من جد القائم عليه فيها فأفتى ان شهادة الشراء اعمل ثم قام ذلك الرجل المشترى المدعى الرهنية بعينه وادعى انها حبس عليه وأثبت عقد التحبيس بالشهادة على

(وفى الشريك القريب معهما قولان) ابن سلمون أما الاعتمار بين القرابات فهو على ثلاثة أقسام أحدها أن يكون بالسكنى وازدراع الارض ونحو ذلك فلا يحكم به حتى يزيد على الاربعين عاما والثانى أن يكون بالهدم والبناء والغرس وعقد الكراء ونحو ذلك فيكون الحكم فى ذلك حكم الاجنبيين والحيازة فى ذلك العشرة ونحوها قاله ابن القاسم فى رواية يحيى وروى عنه أيضا ان الحكم فى ذلك واحد ولا بد أن يحوز ذلك أزيد من أربعين عاما والقسم الثالث ما حازه بالبيع والعتق والكتابة والتدبير فلم يختلف فى ذلك انهم كالاجنبيين وقيل انما يفرق بين القرابات والاجنبيين فى البلاد التى يعرف من أهلها انهم يتوسعون بذلك لقرابتهم انتهى ومن هذا المعنى ما نقله البرزلى عن الباجى ان عشر سنين لا تقطع حق القرابة الا أن يثبت أن بين القائم والمقوم عليه من عدم المسامحة والتشاح ما لا يترك الحق به هذه المدة وحكى مثل هذا فى الحقوق فى غير الاملاك عن المازرى قال اذا أثبت المطلوب باليمين ان مثل هذا لا يسكت عن طلب ما ذكر هذه المدة من غير عذر فان اليمين تسقط عن المدعى عليه وانظر قبل هذا عند قوله وقدمت بينة الملك ومن نوازل ابن الحاج فيمن باع ملكا وعلم شريكه فيه فاراد الشريك الذى لم يبع أن يأخذ حقه من الملك ويأخذ بقيته بالشفعة قال ليس له ذلك والاشتراء للمشترى ماض ولا شفعة فيه وانما له حصته من الثمن فقط وهذا اذا قام الشريك الذى لم يبع بقرب ذلك راجع أنت ابن يونس ورأيت فتوى لشيخ شيوخنا الحفار والعادة أن لا يترك أحد ماله عند غيره مدة طويلة فكيف بكافر مع مسلم وقد قال الفقهاء ان من عرف بالتعدى فيغلب الحكم فى حقه وكذلك فى هذا يحلف المسلم انه عليه من ذلك الحق ويسقط حق اليهودى وعرف عياض بالقاضى شبطون أول من أدخل الاندلس الموطأ شرط ان ولى القضاء أن يخرج من يد الجانب ما يدعى وكلف الجانب البينة قيل ليحيى بن يحيى هو وجه القضاء قال نعم فيمن عرف بالظلم وعبارة ابن رشد اما حيازة الاقارب للشركاء بالميراث أو بغير الميراث فلا خلاف انها لا تكون بالسكنى والازدراع ولا فى انها تكون حيازة بالتفويت من البيع والهبة والعتق ونحوها وان لم تطل المدة هذا من حيث الجملة ويفترق فيه الحكم على التفصيل اذ لا يخلو أنه يكون فوت بذلك كله الكل أو الا كثر أو الاقل أو

خطوط شهدائه فهل ترى قيامه أولا بالرهن يبطل قيامه بالحبس أم لا فأجاب كان من وجه الحكم أن لا يكلف الذى بيده الضيعة من أين صارت اليه حتى يثبت القائم ملك الراهن لها ورهنه اياها وموته وانه وارثه أو وارث وارثه وكذلك الحكم فى قيامه بالحبس سواء فى مذهب مالك وجميع أصحابه غير أن قول المقوم عليه ان جده ابتاعها من جد القائم عليه اقرار منه له بملكها فان كان هو المحبس وأثبت حفيده عقد التحبيس وأنه من عقبه لا عقب له غيره بالسماع ان عجز عن البينة القاطعة وأعذر الى المقوم عليه فيما ثبت من ذلك فلم يكن عنده فيه مدفع فالواجب أن يسئل المقوم عليه فان أقر أنها هى التى وقع ذكرها فى كتاب التحبيس لم يجب على القائم فيها حيازة لاتفاقهما عليه وانظر الى تاريخ كتاب صاحب التحبيس وتاريخ السماع بشراء جد المقوم عليه من جد القائم فان وجد تاريخ الحبس أقدم قضى به وبطل الشراء ووجب الرجوع بالثمن وان وجد تاريخ السماع بالشراء أقدم أو لم يعلم أيهما أقدم قبل صاحبه قضى بالشراء وبطل التحبيس وهكذا الرواية فى ذلك ثم قال فى جواب ثان على المسئلة بعينها اثر الجواب الاول وسائر ما تضمنه عقد التحبيس الثابت لا يوجب أن يسئل من بيده شئ من ذلك من أين صار له ولا يعتقل عليه ولا يكلف اثباتا ولا عقلا الا من بعد ان يثبت القائم بالتحبيس ملك المحبس لما حبسه ويحوز ما أثبت تحبيسه حيازة صحيحة على الوجه الذى ذكرناه وهذا أصل لا اختلاف فيه أعنى ان من بيده ملك لا يدعيه يكلف اثبات من أين صار له حتى يثبت المدعى ما ادعاه ويحوزه ولا يلزم المقوم عليه اذا قضى ببقاء الملك بيده وحكم بقطع الاعتراض عنه بشئ من ثمن ما ادعى شراءه اذا مضى من طول المدة ما صدق فيه المبتاع على أداء ثمن ما ابتاعه فى قول مالك وجميع أصحابه ولو لم يمض لم يحكم للمدعى أيضا بالثمن حتى يرجع عما ادعاه من التحبيس الى تصديق دعوى المشترى على اختلاف أصحابنا المتقدمين أى واستفيد من هذه المسئلة فوائد منها انه مشى على انه لا يسئل واضع اليد عن شئ حتى يثبت القائم الملك ومنها حكم شهادة السماع فى الرهن ومنها القضاء بالتاريخ السابق ومنها اذا جهل السابق من تاريخ الشراء أو الحبس قضى بتاريخ الشراء وبطل الحبس وأفتى غيره أنه اذا جهل التاريخ قدم الحبس والله أعلم ص ✻ وفى الشريك القريب معهما قولان ✻ ش يعنى انه اختلف فى الشريك القريب اذا حاز العقار بالبناء والهدم هل تكون مدة الحيازة فى حقه عشر سنين كالاجنبى أو لا يكفى فى ذلك عشر سنين

النصف اما اذا فوت الكل بالبيع فان كان المحوز عليه حاضر الصفقة فسكت حتى انقضى المجلس لزمه البيع فى حصته وكان له الثمن وان سكت بعد انقضاء المجلس حتى اتقضى العام ونحوه استحق البائع الثمن بالحيازة مع يمينه انه انفرد به بالوجه الذى يذكره من ابتياع أو مقاسمة وما أشبه ذلك وان لم يعلم بالبيع الا بعد وقوعه فقام حين علم أخذ حقه وان لم يقم الا بعد العام ونحوه لم يكن له الا الثمن وان لم يقم حتى مضت مدة الحيازة لم يكن له شئ واستحقه الحائز بما ادعاه بدليل حيازته اياه اهـ من ابن رشد وقد نقلت ما يناسب لفظ خليل بزيادة نكت لابد من معرفتها وراجع أنت ابن عرفة ورسم تسلف من سماع ابن القاسم من الاستحقاق فقد ذكر حكم التفويت بالهبة والعتق والكتابة ونحوها أو بالوطء وذكر أيضا اذا حاز النصف أو الاقل أو الأكثر بشئ مما تقدم فان الطالب اذا علم ما نص عليه من المسائل وأشير له الى مواضعها توفرت دواعيه على مراجعتها فى مواضعها إذ ليس المقصود بتأليفى هذا إذهاب خصوصية كتاب وانما قصدى نقل لباب اللباب من كل باب اذا حصله الطالب نشط لمراجعة الفقه وهانت عليه مسائله الصعاب فمن طالع هذه المسئلة فى البيان أو فى ابن عرفة قد يشغل ذهنه ما هو مستغنى عنه مما تركته فيفوته ذلك هذا اللباب الذى نخلته فمراجعة الفقه بعد تحصيل ما قررت فى تأليفه نعم العون للطالب فليفهم مقصودى والله تعالى يجعلنا من المتعاونين على طاعته بمنه ورحمته (لابين أب وابنه الا بكهبة الا أن يطول معها ما تهلك البينات وينقطع العلم) ابن رشد أما حيازة الاب على ابنه والابن على أبيه فلا خلاف انها لا تكون بالسكنى والازدراع ولا فى انها تكون بالتفويت من البيع والهبة والصدقة والعتق والتدبير والكتابة والوطء واختلف هل يحوز كل واحد منهما على صاحبه بالهدم والبنيان والغرس أم لا على قولين أحدهما انه لا يحوز عليه بذلك ان ادعاه ملكا لنفسه قام عليه فى حياته أو بعد وفاته وهو قول مالك والمشهور فى المذهب يريد والله أعلم الا أن يطول الامد جدا الى ما تهلك فيه البينات وينقطع العلم ومن نوازل البرزلى الحوز لا يقطع حق القرابة الا أن يثبت ان بينهم

ولم يبين المصنف قدر مدة الحيازة على القول الثانى والقولان لابن القاسم ذكرهما فى رسم الكبش من سماع يحيى من كتاب الاستحقاق فكان أولا يقول ان العشر سنين حيازة ثم رجع الى أن ذلك لا يكون حيازة الا أن يطول الأمر أزيد من أربعين سنة (تنبيهات * الاول) ظاهر كلام المصنف وغيره ان القولين متساويان وقد علمت ان القول الذى رجع اليه ابن القاسم ان ذلك لا يكون حيازة ولاشك ان العمل على القول المرجوع اليه فتأمله (الثانى) علم من قول المصنف معهما انه لا تحصل الحيازة بين القرابة الشركاء اذا لم يكن هدم ولا بنيان وهو كذلك كما سيأتى فى كلام ابن رشد فى شرح قول المصنف وانما تفترق الدار من غيرها ويأتى أيضا هنالك بيان حكم الحيازة بين القرابة الشركاء فى غير العقار والله أعلم (الثالث) لم يذكر المصنف حكم القريب الذى ليس بشريك وذكر ابن رشد فى رسم سلف من سماع ابن القاسم أن قول ابن القاسم اختلف فى ذلك فجعله مرة كالقريب الشريك قال فيكون قد رجع عن قوله ان الحيازة لا تكون بينهم فى العشرة الاعوام مع الهدم والبنيان الى انه لا حيازة بينهم فى ذلك الا مع الطول الكثير وهو نص قوله فى سماع يحيى المذكور ومرة رآهم بخلاف ذلك فلم يرجع عن قوله ان الحيازة تكون بينهم فى العشرة الأعوام مع الهدم والبنيان وهو دليل قوله فى السماع المذكور انتهى (قلت) فعلم من كلام ابن رشد هذا ان القول بان حكم القريب الذى ليس بشريك كحكم القريب الشريك هو الراجح لقوله انه نص قول ابن القاسم وان الثانى انما هو مفهوم من كلام ابن القاسم فتأمله وتحصل من هذا أن الحيازة بين القرابة سواء كانوا شركاء أو غير شركاء لا تكون بالسكنى والازدراع وانما تكون بالهدم والبناء فى الامد الطويل الذى يزيد على أربعين سنة على الأرجح من القولين والله أعلم (الرابع) محصل كلام ابن رشد فى رسم سلف من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق وان الحيازة لا تكون بين أب وابنه بالسكنى والازدراع والاستخدام والركوب اتفاقا وكذلك الأقارب الشركاء بميراث وغيره على الاظهر وكذا الشركاء الاجانب الذين الشركة بينهم فتكفى الحيازة عشرة أعوام وان لم يكن هدم ولا بنيان على المشهور وان حصل هدم وبناء وغرس فتكفى العشرة الاعوام فى الشريك الاجنبى وفى الشريك القريب مع ذلك قولان وفى كون ذلك القريب غير الشريك والمولى والصهر الشريكان ثالثها فى الصهر والمولى دون القريب وفى كون السكنى والازدراع فى العشرة حيازة لمولى وصهر غير شريكين أو ان هدم وبنى أو ان طال جدا أقوال والله أعلم ص ﴿ لابين أب وابنه الا بكهبة ﴾ ش قال ابن رشد فى رسم

سلف من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق وتحصل الحيازة فى كل شئ بالبيع والهبة والصدقة والعتق والتدبير والكتابة والولاء ولو بين أب وابنه ولو قصرت المدة الا انه ان حضر مجلس البيع فسكت حتى انقضى المجلس لزمه البيع فى حصته وكان له الثمن وان سكت بعد العام ونحوه حتى استحق البائع الثمن بالحيازة مع يمينه وان لم يعلم بالبيع الا بعد وقوعه فقام حين علم أخذ منه وان سكت العام ونحوه لم يكن له الا الثمن وان لم يقم حتى مضت مدة الحيازة لم يكن له شئ واستحقه الحائز وان حضر مجلس الهبة والصدقة والتدبير والعتق فسكت حتى انقضى المجلس لم يكن له شئ وان لم يحضر ثم علم فان قام حينئذ كان له حقه وان سكت العام ونحوه فلا شئ له و يختلف فى الكتابة هل تحمل على البيع أو على العتق قولان انتهى مختصرا ص * (وانما تفترق الدار من غيرها فى الاجنبى ففى الدابة وأمة الخدمة السنتان و يزاد فى عبد وعرض * ش يعنى أنه انما يفترق بين الدور وغيرها فى مدة الحيازة اذا كانت الحيازة بين الاجانب واما فى حيازة القرابة بعضهم على بعض فلا يفرق بين الدور وغيرها قال ابن رشد فى رسم سلف من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق أن الاقارب والشركاء بالميراث أو بغير الميراث لا خلاف ان الحيازة بينهم لا تكون بالسكنى والازدراع ولا خلاف انها تكون بالتفويت بالبيع والصدقة والهبة والعتق والكتابة والتدبير والوطء وان لم تطل المدة والاستخدام فى الرقيق والركوب فى الدواب كالسكنى فيما يسكن والازدراع فيما يزرع قال والاستغلال فى ذلك كالهدم والبنيان فى الدور وكالغرس فى الارضين ثم قال ولا فرق فى مدة حيازة الوارث على وارثه بين الرباع والأصول والثياب والحيوان والعروض وانما يفترق ذلك فى حيازة الاجنبى بالاعتمار والسكنى والازدراع فى الاصول والاستخدام والركوب واللباس فى الرقيق والدواب والثياب فقد قال أصبغ ان السنة والسنتين فى الثياب حيازة اذا كانت تلبس وتمتهن وان السنتين والثلاثة حيازة فى الدواب اذا كانت تركب وفى الاماء اذا كن يستخدمن وفى العبيد والعروض فوق ذلك ولا يبلغ فى شئ من ذلك كله بين الاجنبيين الى العشرة الاعوام كما يصنع فى الاصول انتهى (تنبيهات * الاول) علم من كلام ابن رشد ان اللباس فى الثياب كالسكنى فى الدور وانه لا تحصل حيازة بين الاقارب ولو طالت المدة وان الاستغلال فى الرقيق والدواب والثياب بمعنى قبض أجرة العبيد والدواب والثياب كالهدم والبنيان فى العقار فلا تحصل الحيازة بين الاقارب فى الرقيق والثياب والعروض الا بالاستغلال و يختلف فى مدتها على القولين السابقين اللذين أشار اليهما المصنف بقوله وفى الشريك القريب معهما قولان أو بالأمور المفوتة كالبيع والهبة والصدقة والعتق والوطء و يعلم هذا من كلام المصنف لانه لما جعل ذلك مفوتا بين الاب وابنه علم انه مفوت فى حق غيرهما من باب أحرى والله أعلم (الثانى) فهم من قول المصنف فى الاجنبى ان القريب لا تفترق الدار من غيرها فى حقه سواء كان شريكا أو غير شريك ففيه اشارة الى ترجيح القول بتساويهما كما تقدم ذلك (الثالث) تقدم فى كلام ابن رشد الثياب يكفى فى حيازتها السنة والسنتان ولم يتعرض لها المصنف بل قد يفهم من كلامه دخولها فى العروض فتنبه لذلك (الرابع) التفصيل الذى ذكرناه عن ابن رشد لا يؤخذ من كلام المصنف ولم ينقله فى التوضيح وهو أتم فائدة فتأمله والله أعلم (الخامس) فى المدة التى يسقط بها طلب الدين قال فى المسائل الملقوطة من الكتب المبسوطة المنسوب لولد ابن فرحون الساكت عن طلب الدين ثلاثين سنة لا قول له و يصدق الغريم فى دعوى الدفع ولا يكلف الغريم بينة لامكان

من عدم المسامحة والتشاح مالا يترك فيه الحق هذه المدة فيكون لذلك الزمان الاسقاط ومن هذا المعنى ما للمازرى فيمن طلب رهنا زعم انه كان فى حق قبله منذ عشرة أعوام فاجاب ان كان مثل هذا لا يسكت عن طلب ماذكر طول هذه المدة من غير عذر فان اليمين تسقط وأجاب ابن رشد من ادعى عقارا بيد غيره لا يسئل المطلوب من أين صار له قال ابن لب عقود الاصول لا توجب استحقاقا من يد من الشئ بيده ليست بحجة (وانما تفترق الدور من غيرها فى الأجنبى ففى الدابة وامة الخدمة السنتان ويزاد فى عبد وعرض) ابن رشد لا فرق فى مدة حيازة الوارث لو رثته بين الرباع والاصول والثياب والحيوان والعروض وانما يفترق ذلك فى حيازة الاجنبى مال الأجنبى بالاعتمار والسكنى والازدراع فى الاصول والاستخدام والركوب واللباس فى الرقيق والدواب والثياب فقال أصبغ ان السنة والسنتين فى الثياب حيازة اذا كانت

موتهم أو نسيانهم للشهادة انتهى من منتخب الحكام لابن أبي زمنين وفي كتاب محمد بن ياسين في مدعى دين سلف بعد عشرين سنة ان المدعى عليه مصدق في القضاء اذ الغالب أن لا يؤخر السلف مثل هذه المدة كالبيوعات انتهى كلام المسائل الملقوطة وقال والده ابن فرحون في تبصرته في الباب الثاني والستين في القضاء في شهادة الوثيقة والرهن على استيفاء الحق (فرع) وفي مختصر الواضحة في آخر باب الحيازة قال عبد الملك وقال لي مطرف وأصبغ اذا ادعى رجل على رجل حقا قديما وقام عليه بذكر حقه وذلك القيام بعد العشرين سنة ونحوها أخذه به وعلى الآخر البراءة منه وفي مفيد الحكام ان ذكر الحق المشهود فيه لا يبطل الا بطول الزمان كالثلاثين سنة والاربعين وكذلك الدين وان كانت معروفة في الاصل اذا طال زمانها هكذا ومن هي له وعليه حضور فلا يقوم عليه بدينه الا بعد هذا بطول الزمان فيقول قد قضيتك وباد شهودي بذلك فلا شئ على المديان غير اليمين قال وكذلك الوصي يقوم عليه اليتيم بعد طول الزمان وينكر قبض ماله من الوصي فان كانت مدة يهلك في مثلها شهود الوصي فلا شئ عليه والا فعليه البينة بالدفع انتهى وقال البرزلي في أثناء مسائل البيوع رأيت جوابا وأظنه للمازري في الديون فقال اذا طال الزمان على الطالب وبيده وثائق وأحكام وهو حاضر مع المطلوب ولا عذر له يمنعه من الطلب من ظلم ونحوه وسكت عن الطلب فاختلف المذهب في حد السكوت القاطع لطلب الديون الثابتة في الوثائق والأحكام هل حد ذلك عشرون سنة وهو قول مطرف أو ثلاثون سنة وهو قول مالك واتفقا جميعا على ان ذلك دلالة قاطعة لطلب الطالب وقوله عليه السلام لا يبطل حق امرئ مسلم وان قدم معلل بوجود الأسباب المانعة من الطلب بالغيبة البعيدة وعدم القدرة على الطلب مع الحضور حتى اذا ارتفعت هذه الاسباب من الطلب كان طول المدة مع السكوت والحضور دلالة يقوى بها سبب المطلوب بدليل قوله صلى الله عليه وسلم من حاز شيأ على خصمه عشر سنين فهو أحق به فاطلق عليه السلام ذكر الحيازة فهو عام في كل ما يحاز من ربع ومال معين وغيره ومن اجتهد فحد في الرباع العشر سنين وحد في الدين العشرين والثلاثين رأى أن ذلك راجع الى حال الطالب مع المطلوب فمن غلب على حاله كثرة المشاححة وانه لا يمكن أن يسكت عن خصمه عشر سنين جعلها حدا قاطعا ومن جعلها عشرين سنة أو ثلاثين أي انها أقصى ما يمكن السكوت في بيع المتحمل فجعلهما حدا قاطعا لاعذار الطالبين لان الغالب من الحال انه قضاء وقد قضى بتغليب الأحوال عمر بن الخطاب وقاله مالك فيمن له شئ ترك غيره يتصرف فيه ويفعل فيه ما يفعل المالك الدهر الطويل فان ذلك مما يسقط الملك ويمنع الطالب من الطلب قاله مالك وابن وهب وابن عبد الحكم وأصبغ واذا كان طول المدة مع حضور الطالب وسكوته مانعا له من الطلب فالطلب ممنوع في سائر المطالب دون وثائق وأحكام ورباع بدليل ان السكوت في ذلك بعد كالاقرار المنطوق به من الطالب للمطلوب بانه لا حق له عليه ولا تباعة ولا طلب (قلت) هذا الجواب يقتضي أن ما بعد الثلاثين مجمع عليه واذا أجراه على مسائل الحيازة ففيها قريب القرابة والبعيد والمتوسط والمقاطع لقريبه والمواصل له فيجري عليها وفي بعضها ما يبلغ الخمسين وأكثر مع أني أحفظ لابن رشد في شرحه انه اذا تقرر الدين وثبت لا يبطل وان طال لعموم الحديث المتقدم واختاره التونسي اذا كان ذلك بوثيقة مكتوبة وهي في يد الطالب والطلب بسببها لان بقاءها بيده دليل على انه لم يقبض دينه اذ العادة اذا قبض دينه أخذ عقده أو مزقه بخلاف اذا كانت الديون بغير عقود ولو وجدت بغير المطلوب والا ففيها قولان حكاهما ابن رشد

تلبس وتمتهن وان السنتين والثلاث حيازة في الدواب اذا كانت تركب من وفي الاماء اذا كن يستخدمن وفي العبيد والعروض فوق ذلك ولا يبلغ في ذلك كله بين الاجنبي الا العشرة الاعوام كما يصنع في الاصول

﴿ باب ﴾ * ابن شاس الدماء خطيرة القدر فى الدين والقتل كبيرة فاحشة موجبة العقوبة فى الدنيا والآخرة وموجباتها فى الدنيا خمسة القصاص والدية والكفارة والتعزير والقيمة روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من شارك فى دم امرئ مسلم بشطر كلمة جاء يوم القيامة وبين عينيه مكتوب آيس من رحمة الله * المتيطى قال بعض الشيوخ من قال ان القاتل يخلد فى النار على التأبيد فقد أخطأ وخالف السنة لان الذنب لا يحبط ما تقدم من ايمانه ولا ما اكتسب من عمل صالح ولا بد أن يجازى الله سبحانه كل مؤمن على ايمانه قال الله سبحانه ولن يتركم أعمالكم فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ومن يعمل من الصالحات وهو مؤمن فلا كفران لسعيه لكن من تمام توبة القاتل عرض نفسه على أولياء المقتول ويصوم أو يعتق ويلازم الجهاد وانظر فى تفسير ابن عطية قوله تعالى اليه يصعد الكلم الطيب (ان أتلف مكلف وان رق) أما ان المكلف يجب عليه القود اذا قتل معصوما فقال ابن عرفة شرط ايجاب القود كون الجانى بالغا عاقلا فيها والمجنون الذى يفيق أحيانا فى حال افاقته كالسليم وأما الرقيق فقال المتيطى العبيد مكلفون وجناياتهم متعلقة برقابهم دون ساداتهم لا يلزم ساداتهم أكثر من اسلامهم بما جنوا كانت الجناية مما يجب فيها القصاص أو مما لا يجب فيها القصاص وجناياتهم ثلاثة أقسام جنايتهم على العبيد وجنايتهم على الاحرار وجنايتهم على الاموال فاما جنايتهم على العبيد فالك يرى القود بينهم فى النفس وأما جنايتهم على الاحرار ففى المدونة قال مالك يقتل العبد بالحر ان شاء الولى فان استحياهم خير السيد فى اسلامه وفدائه بالدية راجع أول مسئلة من كتاب الجنايات من المتيطى (غير حربى) ابن شاس الركن الثالث يعنى من موجبات القصاص القاتل وشرطه أن يكون ملتزما للاحكام فلا قصاص على الحربى ولا على الصغير ولا على المجنون ويجب على الذمى والسكران (ولا زائد حرية) ابن عرفة لا يقتل حر بذى رق بوجه ويقتل ذو الرق بالحر المسلم وفى جنايتها القصاص بين المماليك كما هو فى الاحرار ولو قتل مكاتب عبده فلسيده أن يقتص منه فى النفس والجراح والمدبر والمكاتب وأم الولد والمعتق الى أجل فى القصاص مع من ليس فيه حرية سواء واستحسن فى المعتق بعضه أن لا يقتص منه (أو اسلام) ابن عرفة المذهب لا يقتل مسلم بكافر وفيها الا أن يقتله

وخرجهما على القولين فى الرهن اذا وجد بيد الراهن هل هو ابراء له أم لا الجواز وقوعه وسقوطه أو التسور عليه ونحو ذلك وقياسه على باب الحيازة فيه نظر لما أصل ابن رشد ان ترجح الحيازة انما هو فيما جهل أصله وأما اذا ثبت أصله بكراء أو اعارة أو اعمار أو غير ذلك فلا يزال الحكم كذلك وان طال الزمان والدين ان ثبت أصله أيضا وان كان فى هذا الأصل خلاف فى كتاب الولاء من المدونة لكن مذهب ابن القاسم ماذكره خلافا لقول الغير وعليه جرى عمل القضاة فى هذا الزمان بتونس مالم تقترن قرائن تدل على دفع الدين مع طول الزمان فيعمل عليها فى البراءة والله أعلم انتهى ويشير والله أعلم بقوله وقياسه على باب الحيازة فيه نظر لما أصل ابن رشد ان ترجيح الحيازة انما هو فيما جهل أصله الى ماقاله فى شرح المسئلة الرابعة من سماع يحيى من كتاب الاستحقاق ولنذكر المسئلة وكلامه عليها ونصها مسئلة قال يحيى وسألت ابن القاسم عن رجل أصدق امرأة عن ابنه منزلا فلما دخل ابنه بالمرأة أخذت المنزل الا حقولا يسيرة تركتها فى يد حموها فلم تزل فى يده حتى مات بعد طول زمان ثم أرادت المرأة أخذها فمنعها ورثة الحمو وقالوا قد عاينتها زمانا من دهرك وهى فى يده ولا تشهدى عليه بعارية ولا كراء ولا ندرى لعلك أرضاك من حقك أترى للمرأة فى ذلك حقا قال نعم لها أن تأخذ تلك الحقول التى هى مما كان أصدقها الحمو عن ابنه ولا يضرها طول ماتركت ذلك فى الحمو لانها ليست بالصدقة فتلزم حيازتها وانما الصداق ثمن من الاثمان وكذلك لو تركت كل ما أصدقها فى يد الحمو لم يضرها ذلك قال ابن رشد هذه مسئلة صحيحة بينة لا اشكال فيها ولا اختلاف لان حقها تركته فى يد حموها فلا يضرها ذلك طال الزمان أو قصر لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يبطل حق امرئ مسلم وان قدم وليس هذا من وجه الحيازة التى ينتفع بها الحائز ويفرق بين القرابة والاجنبيين والاصهار فيها اذ قد عرف وجه كون الاحقال بيد الحمو فهى على ذلك محمولة حتى يعرف مصيرها اليه بوجه صحيح لان الحائز لا ينتفع بحيازته الا اذا جهل أصل مدخله فيها وهذا أصل فى الحكم بالحيازة وبالله التوفيق

ص ﴿ باب ان أتلف مكلف الخ ﴾

ش هذا باب يذكر فيه المصنف أحكام الدماء وأحكام القصاص قال البساطى وهو باب متسع

غيلة" ابن عرفة هذا استثناء منقطع لانه بالحرابة قتل لان الغيلة حرابة انظر الكافر الحر مع العبد المسلم قال ابن القاسم فى نصرانى حر قتل عبدا مسلما اختلاف وأرى قتله به وقال مالك ليس بينهما قود فى نفس ولا جرح لان فى هذا حرية وفى هذا اسلاما (حين القتل) سيأتى عند قوله وضمن وقت الاصابة ان نفى التكافؤ اثر القتل لغو (الا لغيلة) تقدم نص المدونة الا أن يقتله غيلة (معصوما) ابن عرفة محض عمد قتل المسلم عدوان يوجب ملك القود منه لمكافئه أو راجح عليه ان كان بالغا عاقلا وشرط كونه عدوانا عصمة دم القتيل أو استحقاقه معينا فيها ان قامت بينة على محارب فقتله رجل قبل أن تزكى البينة فان زكيت أدبه الامام وان لم تزك قتل به (للتلف والاصابة) سيأتى هذا أيضا عند قوله وضمن وقت الاصابة وسيأتى ان من رمى نصرانيا فاسلم بعد الرمى وقبل الموت انه ليس كمن قتل مسلما فيقاد به ولا كمن قتل نصرانيا فيغرم دية نصرانى ومن رمى مسلما فارتد بعد الرمى وقبل الموت انه لاقود عليه خلافا لاشهب (بايمان أو أمان) ابن شاس الركن الثانى يعنى من موجبات القصاص القتيل ابن الحاجب وشرطه أن يكون معصوم الدم باسلام أو حرية أو أمان * ابن شاس والحربى مهدور دمه وكذلك لاقصاص على من قتل زنديقا أو زانيا محصنا أو قطع سارقا قد توجه عليه القطع لأن هذه حدود لا بد أن تقام ولا تخيير فيها ولا عفو (كالقاتل من غير المستحق) ابن الحاجب أما من عليه القصاص فعصوم من غير المستحق فان قتله أجنبى عمدا فدمه لاولياء الاول على المشهور فان أرضوهم أولياء الثانى فدمه لهم ونص المدونة قال مالك من قتل رجلا عمدا فعدا عليه أجنبى فقتله عمدا فدمه لاولياء الاول ويقال لاولياء المقتول الثانى أرضوا أولياء الاول وشأنكم بقاتل وليكم فى القتل أو العفو فان لم يرضوهم فلاولياء الاول قتله أو العفو عنه ولهم ان لم يرضوا بما بذلوا لهم من الدية أو أكثر منها قال مالك وان قتل خطأ فديته لاولياء الاول قال ومن قطع يد رجل عمدا ثم قطعت يد القاطع خطأ فديتها للمقطوع الاول وان كان عمدا فللاول أن يقتص من قاطع قاطعه

متروك ينبغى الالتفات اليه ولاشك أن حفظ النفوس مجمع عليه بل هو من الخمس المجمع عليها فى كل ملة قال ابن عرفة ونقل الأصوليون اجماع الملل على حفظ الاديان والنفوس والعقول والاعراض والأموال وذكر بعضهم الانساب عوض الأموال ونقله فى التوضيح ولاشك ان قتل المسلم عمدا عدوانا كبيرة ليس بعد الشرك أعظم منها وفى قبول توبته وانفاذ الوعيد فيه خلاف بين الصحابة ومن بعدهم وأخذ لمالك القولان فأخذ من قوله لاتجوز امامته عدم القبول وأخذ من قوله ليكثر من العمل الصالح والصدقة والجهاد والحج القبول واختلف فى تخليده والصحيح عدم تخليده ورد ابن عرفة الاخذ الاول بان التوبة أمر باطنى وموجب نصب الامامة أمر ظاهرى فلا يلزم من منع الامامة عدم قبول التوبة ونص كلامه قال ابن رشد قتل المسلم عمدا عدوانا كبيرة ليس بعد الشرك أعظم منه وفى قبول التوبة منه وانفاذ وعيده مذهبا الصحابة والى انفاذ وعيده ذهب مالك لقوله لاتجوز امامته (قلت) لايلزم منه عدم قبول توبته لعدم رفع سابق حرمته وقبول التوبة أمر باطنى وموجب نصب الامامة أمر ظاهر وقال فى سماع عيسى قول مالك ليكثر العمل الصالح والصدقة والحج والجهاد ويلزم الثغور من تعذر منه القود دليل على الرجاء عنده فى قبول توبته خلاف قوله لاتجوز امامته قال والقول بتخليده خلاف السنة ومن توبته عرض نفسه على ولى المقتول قودا ودية اه وقال فى الذخيرة عن ابن رشد أيضا فى التعليل لعدم قبول توبته لان من شروط التوبة رد التبعات ورد الحياة على المقتول متعذر الا ان يحلله المقتول قبل موته بطيب نفسه وقال فيها أيضا وقال ابن شهاب اذا سئل عن توبته سأل هل قتل أم لا ويطاوله فى ذلك فان تبين له أنه لم يقتل قال لاتوبة والا قال له التوبة وهو حسن فى الفتوى انتهى وانظر الكلام على حديث أسامة والمقداد فى أوائل كتاب الايمان من شرح مسلم للابى وعياض والقرطبى (فرع) قال فى الذخيرة فان قتل القاتل قصاصا قيل ذلك كفارة له لقوله عليه الصلاة والسلام الحدود كفارات لاهلها وقيل ليس بكفارات لان المقتول لامنفعة له فى القصاص بل منفعته للاحياء زجرا أو تشفيا والمراد بالحديث حقوق الله تعالى المحضة (فائدتان * الاولى) قوله تعالى من أجل ذلك كتبنا على بنى اسرائيل انه من قتل نفسا بغير نفس الآية فيها سؤال وهو وجه تشبيه قتل النفس الواحدة بقتل جميع الناس واحيائها باحياء جميع الناس والتشبيه فى لسان العرب انما يكون بين المتقاربين جدا وقتل جميع الناس بعيد من قتل النفس الواحدة بعدا شديدا وكذلك احياؤها قال القرافى فى الجواب قال بعض العلماء ان المراد بالنفس امام مقسط أو حاكم عدل أو ولى ترتجى بركته

العامة فلعموم منفعته كأنه قتل من كان ينتفع به وهم المراد بالناس والا فالتشبيه مشكل وقال مجاهد لما كان قتل جميع الناس لا يزيد في العقوبة على عقوبة قاتل النفس الواحدة شبهه به قال وهو مشكل لان قاعدة الشرع تفاوت العقوبات بتفاوت الجنايات ولذا توعد الله قاتل الواحد بعذاب عظيم وعيده اعتقد نا مضاعفته في حق الاثنين فكيف بجميع الناس انتهى بالمعنى (الثانية) قوله تعالى ولكم في القصاص حياة قيل الخطاب للورثة لانهم اذا اقتصوا فقد سلموا وحيوا بدفع شر هذا القاتل عنهم الذي صار عدوهم وقال بعضهم الخطاب للقاتلين لانه اذا اقتص منهم فقد محى اثمه فحيي حياة معنوية وعلى القولين فلا اضمار وقيل الخطاب للناس والتقدير ولكم في مشروعية القصاص حياة لان الشخص اذا علم انه يقتص منه يكف عن القتل ويحتمل أن لا يكون في الآية تقدير أيضا ويكون القصاص نفسه فيه الحياة اما لغير الجاني فلانكفافه وأما للجاني فلسلامته من الاثم قاله في التوضيح وابن عبد السلام والقصاص تارة يتعلق بالنفس وتارة يتعلق بالاطراف وبدأ المصنف بالكلام على القصاص في النفس وله ثلاثة أركان القاتل والمقتول والقتل فبدأ المصنف بالكلام على القاتل فقال ان أتلف مكلف الخ وانما قال أتلف ولم يقل قتل لان الاتلاف يشمل المباشرة والتسبب والقتل انما يتبادر للمباشرة وذكر انه يشترط في وجوب القصاص على القاتل ثلاثة شروط الاول أن يكون مكلفا وهو العاقل البالغ فلا قصاص على صبي ولا مجنون وعمدهما كالخطأ لقوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الغلام حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق رواه أبو داود وغيره بروايات متعددة ذكرتها في حاشية الاحاديث المشهورة (تنبيه) المرفوع في الحديث انما هو الاثم وهو من باب خطاب التكليف وأما الضمان فهو من باب خطاب الوضع وخطاب التكليف هي الاحكام الخمسة الوجوب وشرط فيه علم المكلف وقدرته وخطاب الوضع هو الخطاب بكثير الاسباب والشروط والموانع ولا يشترط فيها علم المكلف ولا قدرته ولا كونه من كسبه فيضمن النائم ما أتلفه في حال نومه من الأموال في ماله وكذلك ما أتلفه من الدماء غير أنه ان كان دون ثلث الدية فعليه الدية وان بلغ ثلث الدية فأكثر فهو على عاقلته وليس هذا بمعارض للحديث المذكور لما قدمناه من كونه من باب خطاب الوضع الذي معناه ان الله تبارك وتعالى قال اذا وقع هذا في الوجود فاعلموا اني حكمت بكذا والله أعلم (فرع) فان قتل المجنون في حال افاقته اقتص منه قاله في المدونة وغيرها قال في التوضيح ويقتص منه في حال افاقته ابن المواز فان أيس من افاقته كانت الدية عليه في ماله وقال المغيرة يسلم الى أولياء المقتول يقتلونه ان شاؤا قال ولو ارتد ثم جن لم أقتله حتى يصح لاني أدرأ الحدود بالشبهات ولا أقول هذا في حقوق الناس ورد اللخمي أن يكون الخيار لأولياء المقتول فان شاؤا اقتلوا هذا المجنون وان شاؤا أخذوا الدية ان كان له مال والا اتبعوه بها انتهى وقال في الشامل فان أيس من افاقته فهل يسلم للقتل أو تؤخذ الدية من ماله قولان وقال اللخمي يخير الولي في أيهما شاء انتهى فساوا بين القولين مع ان الثاني لابن المواز (فرع) فلو أشكل على البينة أقتل في حال عقله أو جنونه قال ابن ناجي في شرح الرسالة فقال بعض من لقيناه من القرويين لا يلزمه شئ وهو الصواب وقاله شيخنا أبو مهدي مع الابانة شك في المقضي عليه لان القاضي لا يحكم عليه الا بعد ان تشهد عنده البينة انه قتل في حال كونه في عقله انتهى ودخل في كلامه السكران وهو كذلك والرقيق ولهذا بالغ به فقال وان رق ثم أشار الى الشرط الثاني بقوله غير حربي يعني ان الحربي لا يقتص منه اذا قتل في حال حرابته ثم أشار الى الشرط الثالث

بقوله ولازائد حرية أو اسلام يعنى فلا يقتل الحر بالعبد الا أن يكون الحر كافرا والعبد مسلما فيقتل الحر الكافر بالعبد المسلم على المشهور خلافا لسحنون وهو أحد قولى ابن القاسم وقوله أو اسلام أى فلا يقتل المسلم بالكافر ولو كان المسلم عبدا والكافر حرا قال فى البيان اتفاقا وقوله حين القتل يعنى ان المعتبر فى التكافؤ حين القتل فلو أسلم الكافر بعد ان قتل كافرا اقتل به وكذلك لو عتق العبد بعد قتله عبدا فانه يقتل به (فرع) قال فى المجموعة فى نصرانى قتل نصرانيا عمدا ولا ولى له الا المسلمون ثم أسلم قال العفو عنه أحب الى اذا صار الامر للامام لان حرمته الآن أعظم من المقتول ولو كان للمقتول ولد كان القود لهم وقوله الا الغيلة قال فى التوضيح فى باب الحرابة الغيلة أن يخدع غيره ليدخله موضعا ويأخذ ماله انتهى وقال ابن عرفة الباجى عن ابن القاسم قتل الغيلة حرابة وهو قتل الرجل خفية لاخذ ماله انتهى وقال الفاكهانى فى شرح الرسالة قال أهل اللغة قتل الغيلة هو أن يخدعه فيذهب به الى موضع خفية فاذا صار فيه قتله فهذا يقتل به ولا عفو فيه قال ونقل عن أصحابنا وأظنه البونى انه اشترط فى ذلك أن يكون القتل على مال قال وأما النائرة بينهما وهى العداوة فيجوز العفو عنه قال ابن ناجى ماظنه عن البونى مثله نقل الباجى عن العتبية والموازية وذكر لفظه المتقدم قال ابن ناجى قال الباجى ومن أصحابنا من يقول هو القتل على وجه القصد الذى لا يجوز عليه الخطأ وقبله ابن زرقون انتهى وقال عياض يعنى اغتاله لأخذ ماله ولو كان لنائرة ففيه القصاص والعفو فيه جائز قاله ابن أبى زمنين وهو صحيح جار على الأصول لان هذا غير محارب وانما يكون له حكم المحارب اذا أخذ المال أو فعل ذلك لاجل المال اه ونقله أبو الحسن الصغير وكذلك قال ابن رشد فى رسم مرض وله أم ولد من سماع ابن القاسم من كتاب المحاربين ان قتل الغيلة هو القتل على مال انتهى (فرع) والغيلة فى الاطراف كالغيلة فى النفس قال فى أثناء كتاب الديات من المدونة ومن قطع يد رجل أو فقأ عينه على وجه الغيلة فلا قصاص له والحكم للامام الا أن يتوب قبل أن يقدر عليه فيكون فيه القصاص انتهى (فرع) والمرأة كالرجل فى الغيلة قال أبو الحسن هنا فرع اختلف اذا قام بقتل الغيلة شاهد واحد هل فيه قسامة أم لا انظر أبا الحسن (فرع) قال فى المدونة ومن قتل وليه غيلة فصالح فيه على الدية فذلك مردود والحكم فيه للامام قال أبو الحسن الا أن يحكم به حاكم ثم أشار الى الركن الثانى بقوله معصوما يعنى أنه يشترط فى وجوب القصاص أن يكون المقتول معصوما وظاهره وسواء أنفذت مقاتله أم لا وانظر المسئلة فى سماع يحيى وعيسى وابن أبى زيد من الديات فان ابن رشد ذكر فيمن أجهز على من أنفذ مقاتله شخص آخر هل يقتل به الاول أو الثانى قولين وقال فى الشامل ولو أنفذ واحد مقاتله وأجهز عليه ثان قتل وعوقب الاول وقيل بالعكس ص ﴿ وأدب كمرتد وزان أحصن ﴾ ش وكذا المحارب والزنديق قال ابن عرفة قال محمد لاشئ على من قتل زنديقا اللخمى وكذا الزانى المحصن والمحارب ولادية لهم ان قتلوا خطأ وفى الموازية من قطع يد سارق خطأ فلا دية له وقال فى موضع آخر له ديتها فعليه تجب الدية فى هذين ان قتلا خطأ وان قطع لهما عضو فلهما القصاص فى العمد والدية فى الخطأ لان الحد انما وجب فى النفس لا فى العضو قال عيسى من اغتاظ من ذمى يشتم النبى صلى الله عليه وسلم فقتله فان كان شتما يوجب قتله وثبت ذلك ببينة فلا شئ عليه وان لم يثبت ذلك فعليه ديته وضرب مائة وسجن عاما انتهى وقال فى التوضيح ونص على نفى القصاص عن قاتل المرتد ولو كان القاتل نصرانيا اه ولا معارضة بين هذا وبين قوله فى الديات ان دية المرتد كدية المجوسى لانه انما نفى هنا القصاص والكلام هناك فى

(وأدب) تقدم ان من قتل غير معصوم الدم أدب انظر قبل قوله للتلف وانظر أيضا من وجب له دم قبل رجل فاقتص لنفسه وقتله ولم يدفعه الى الامام فلا شئ عليه لكنه أيضا يؤدب قال فى المدونة لافتياته على الأئمة (كمرتد) سحنون لاقصاص ولادية على قاتل المرتد (وزان أحصن ويد سارق) تقدم النص بهذا قبل قوله كالقاتل

الديات ونفى أحدهما لايستلزم نفى الآخر وأما الزانى المحصن فليس فيه دية والفرق بينهما ان المرتد تجب استتابته على المذهب فكان قاتله قتل كافرا محرم القتل بخلاف الزانى المحصن فتأمله (تنبيه) قال ابن عبد السلام ينبغى أن يختلف فى مقدار أدبهم فمن طلب الستر عليه كالزانى المحصن تكون الجرأة على القاضى بقتله أكثر وكفر الزندقة أشد من كفر الارتداد الظاهر انتهى يعنى فيكون الأدب فى كفر الارتداد أشد والله أعلم (تنبيه) قال أبو الحسن فى كتاب الديات قالوا وهذا اذا كان هناك من ينصفه ويمكنه من حقه قال أبو عمران الذى يقتل وليه رجل فلا يمكن من أخذ حقه عند السلطان فيقتل الولى قاتل وليه غيلة أو باحتيال انه لاأدب عليه ولاشئ لانه اذا لم يكن السلطان ينصفه فهو يأخذ حقه بنفسه انتهى (فائدة) من هذا المعنى ماقاله البرزلى فى كتاب الأقضية فى أثناء مسئلة وهى تجرى عندى على قاعدة من فعل فعلا لو رفع الى القاضى لم يفعل غيره هل يكون بمنزلة مالو رفع أم لا انتهى ص ﴿فالقود عينا﴾ ش يعنى اذا وقعت الجناية بالشروط المذكورة على النفس أو المال فالواجب فى ذلك عند ابن القاسم انما هو القود أى القصاص وليس لورثة المقتول أن يعفوا على الدية وكذلك ليس للمجنى عليه فى الجراح أن يعفو على الدية وهو مذهب ابن القاسم خلافا لأشهب فانه قال الواجب التخيير بين القصاص وبين الدية وهو اختيار جماعة من المتأخرين لما فى الصحيحين عنه صلى الله عليه وسلم انه قال من قتل له قتيل فهو بخير النظرين اما أن يودى الدية واما أن يقاد وعلى قول أشهب بتخيير الأولياء بين القصاص وبين الدية فان طلب الأولياء منه الدية فانه يجبر على ذلك ان كان مليا قال ابن يونس قال مالك وقاتل العمد يطلب منه الأولياء الدية فيأبى الا أن يقتلوه فليس لهم الا القتل قال الله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى وقال أشهب ليس له أن يأبى ويجبر على ذلك ان كان مليا لانه فى قتل نفسه ليترك ماله لغيره مضار وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه جعل للاولياء ان أحبوا أن يقتلوا فليقتلوا وان أحبوا أخذوا الدية وقاله ابن المسيب انتهى قال فى التوضيح قال جماعة والخلاف انما هو فى النفس واما جراح العمد فيوافق أشهب المشهور ونقل عن ابن عبد الحكم التخيير فى جراح العمد كالنفس وفرق الباجى بين الجرح والنفس على رواية أشهب بان الجارح يريد استيفاء المال لنفسه والقاتل انما يترك المال لغيره فهو مضار بامتناعه من الدية انتهى وقد يكون بعض الناس وارثه أعز عنده من نفسه والله أعلم انتهى (تنبيه) يستثنى من هذا ما اذا جرح العبد عبدا مثله أو قتله فان لسيد المجروح أو المقتول أن يقتص له وله أن يختار أخذ العبد الجانى فان اختار القصاص فلا اشكال وان استحيا العبد الجانى خير سيده فى فدائه بدية الحر أو بقيمة العبد وفى اسلامه وفى الجراح يخير بين أن يسلمه أو يفديه بارش ذلك الجرح ان كان له ارش مسمى وان لم يكن له ارش مسمى فان حصل عنه عيب خير بين اسلامه وفدائه بما يوجبه ذلك العيب وان لم يحصل عيب فليس فيه الا القصاص ان كان المجنى عليه عبدا وان كان حرا فلاشئ فيه الا الادب كما سيأتى عند قول المصنف الا ناقصا جرح كاملا (تنبيه) فاذا جرح عبد عبدا وبرئ قبل أن يعلم سيده فانه يدعى الجارح فيقال صف الجرح واحلف على ماذكرت فان امتنع فانظر هل يقال للسيد صف الجرح واحلف عليه سواء أراد القصاص أو أراد أخذ الارش أو يفصل فى ذلك فان أراد القصاص قيل للعبد صف الجرح واقتص وان أراد الارش قيل للسيد صف الجرح واحلف عليه لم أر فيه نصا والظاهر انه يجرى الخلاف فيما اذا قام للعبد شاهد واحد بالجرح فهل يحلف السيد معه مطلقا سواء أراد القصاص أو الارش قال فى

(فالقود) هذا جواب ان أتلف (عينا) من المدونة قال مالك فى قاتل العمد يطلب منه الاولياء فيأبى الدية الا أن يقتلوه فليس لهم الا القتل فان عفا بعض الاولياء فنصيب من لم يعف من الدية فى مال الجانى قال ابن القاسم اذ لاسبيل لتبعيض الدم قال مالك وكذلك جراح العمد ان طلب المجروح الدية فليس له الا القصاص

المقدمات فى كتاب جنايات العبد وهذا قول مالك أو يفصل فى ذلك وهو قول أصبغ والمغيرة انتهى وسئلت عن ذلك فى عبدين ضرب أحدهما صاحبه بعصا على حاجب عينه فشجه وأسال دمه بجرح العصا فضربه الآخر بجنبية تحت ثديه فهل لكل واحد منهما القصاص من جارحه أم لا يجب فى ذلك الا الارش أم يجب الارش فى جرح العصا والقصاص فى جرح الآخر واذا اندمل الجرحان قبل القصاص ولم يجد كل واحد من سيد العبدين بينة تشهد بمقدار عرض جرح عبده فما يكون الحكم فى ذلك وهل يجب بالدعوى فى الجراحة أن يعين عرضها وقدرها أم لا فأجبت لسيد كل واحد من العبدين أن يقتص من جارح عبده وله أن يأخذ العبد الجارح لعبده الا أن يفديه سيده بارش ذلك الجرح ان كان له ارش مسمى فان لم يكن له ارش مسمى فان برئ الجرح على شين فما نقصه ذلك الشين وان لم يكن فيه شين فليس فيه الا القصاص وسواء كان الجرح بعصا أو بغيرها وقول أصحابنا لاقصاص فى ضربة العصا انما يريدون اذا لم يكن عنها جرح واذا اندمل الجرحان قبل القصاص ولم يوجد من يشهد عليها فانه يقال للجارح صف قدر الجرح الذى جرحته وغوره واحلف عليه ولا يلزمك غيره فان أبى لم أر فيه نصا والظاهر انه ينظر فان أراد سيد العبد المجروح الارش قيل له صف الجرح واحلف عليه ولا يلزمك غيره وان أراد القصاص فيختلف فيه هل يحلف هو أو يحلف العبد على الخلاف فيما اذا اقام للعبد شاهدا واحدا بالجرح فان امتنعا من الحلف لم يجب من الجراح الا ما لا يشك فيه والله أعلم (فرع) فان شهدت البينة على الجرح ولم تعرف قدره أو اسمه أو كتبته فى ورقة وضاعت فقال فى النوادر فى ترجمة من يستقيد للمجروح وكيف يقاد من الجراح ومن المجموعة قال أشهب واذا جرحه موضحة وعليه بينة لا يدرى كم طولها فقد ثبت له موضحة وليس فى العمد الا القود فليوقف الشهود على أقل موضحة فان وقفوا عنده لم يجاوزوه وحلف المشهود عليه على ما فوق ذلك وقيد منه بذلك وان لم يحلف حلف الآخر واستقاد ما ادعى قال سحنون فيمن جرح رجلا عمدا ولم يؤخذ قياس الجرح حتى برئ فليدع الجارح فيوصف قدر ضربته وأين بلغت ويحلف على ذلك ويقتص منه على ما أقر به وان لم يصف وأبى قيل للمجروح صف ذلك واحلف فيحلف ويقتص له منه وان أبى نظر الى ما لا يشك فاقتص بقدر ذلك وروى محمد بن خالد عن ابن القاسم فى المجروح عمدا يكتب قياس جرحه حتى يبرأ فيذهب الكتاب ولا تثبت البينة طوله وغوره وقد أصابه من ذلك عيب أو شلل فليستنزل البينة من معرفة الجرح الى ما لا يشكون فيه فان ثبتوا على أمر اقتص منه على قدر ذلك فان عابه أو أشله كالاول والا عقل له العيب والشلل قيل أتقبل شهادة الذى عقل جرحه وعرف طول غوره وان لم يعرف غوره قال نعم مع يمينه انتهى وانظر كتاب الشهادات ففيه بعض شئ يتعلق بهذا ص ﴿ ولو قال ان قتلتنى أبرأتك ﴾ ش قال ابن الحاجب ولو قال للقاتل ان قتلتنى أبرأتك أو قد وهبت

(ولو قال ان قتلتنى أبرأتك) ابن يونس قال سحنون من قال لرجل اقتلنى ولك ألف درهم فقتله لاقود عليه و يضرب مائة ويحبس عاما ولاجعل له وقال يحيى بن عمر للاولياء قتله ابن عرفة ماذكره عن سحنون خلاف ماله فى العتبية ان من قتل من طلبه ان يقتله على ان عفا عنه فانه يقتل به لأنه عفا عن شئ لم يجب له * ابن رشد وقيل انما يغرم الدية فى ماله وهو الاظهر وفى النوادر عن ابن القاسم انه يقتل به (ولادية لعاف مطلقا الا ان يظهر ارادتها فيحلف) من المدونة ان عفوت عن عبد قتل وليك الحر عمدا ولم تشترط شيأ فكما لو عفوت عن الحر ولم تشترط شيأ ثم تطلب الدية قال مالك لاشئ لك الا ان تبين انك أردته فتحلف ما عفوت الا لأخذها ثم ذلك لك وكذلك فى العبد ثم يخير سيده (وبقى على حقه ان امتنع) من المدونة ان عفا ولى القتيل الحر على الزام القاتل ديته لم تلزم الا ان يشاء * ابن عرفة الاظهر انها تلزمه وان كره لحديث مسلم (كعفوه عن العبد) تقدم قوله من المدونة وكذا العبد ثم يخير سيده (واستحق ولى دم من قتل القاتل) هذا معنى قوله قبل هذا كالقاتل من غير المستحق (أو قطع يد القاطع فدية خطأ فان أرضاه ولى الثانى فله) تقدم نص المدونة قبل قوله وأدب (وان فقئت عين القاتل أو قطعت يده ولو من الولى بعد ان أسلم اليه فله القود) ابن الحاجب ان فقئت عين القاتل أو قطعت يده عمدا أو خطأ فله القود أو العفو أو القتل ولا سلطان لولاة المقتول فلو كان الولى هو القاطع فكذلك أيضا على المشهور ولو كان سلمه له ونص المدونة من قتل رجلا عمدا فحبس للقتل أو حكم بقتله فيسلم الى أولياء القتيل ليقتلوه فقطع رجل يده عمدا أو خطأ فله القصاص والعقل والعفو فى العمد لاشئ لولاة الدم فى ذلك انما لهم سلطان على من أذهب نفسه ومن قتل وليك عمدا فقطعت يده فله أن يقتص

لك دمى فقولان قال ابن القاسم وأحسنهما ان يقتل بخلاف عفوه بعد علمه أنه قتله فلو أذن فى قطع يده عوقب ولا قصاص قال فى التوضيح هذا الذى نسبه المؤلف لابن القاسم وذكر فى الجواهر ان أبا زيد رواه عن ابن القاسم هو فى العتبية لسحنون وذكر لفظ العتبية ثم قال وزاد فى البيان ثالثا فنفى القصاص لشبهة عفو القصاص من المقتول وتكون الدية عليه فى ماله قال وهو أظهر الأقوال انتهى وقال ابن عرفة بعد ذكره لفظ العتبية وفى النوادر عن ابن أبى زيد عن ابن القاسم مثل لفظ سحنون ثم ذكر عن الصقلى أنه نقل عن سحنون نفى القصاص خلاف اختياره فى العتبية ونصه قال الصقلى فى كتاب الجعل والاجارة وروى ابن سحنون عنه من قال لرجل اقتلنى ولك ألف درهم فقتله فلا قود عليه ويضرب مائة ويحبس عاما ولا جعل له وقال يحيى بن عمر للاولياء قتله قال ولو قال اقتل عبدى ولك كذا أو بغير شئ فقتله ضرب مائة وحبس وكذا السيد يضرب ويحبس واختلف هل تكون على القاتل قيمة العبد أم لا فالصواب لا قيمة له كما لو قال له احرق ثوبى ففعل فلا غرم الشيخ روى ابن عبدوس من قال لرجل اقطع يدى أو يد عبدى عوقب المأمور ولا غرم عليه فى الحر والعبد ابن حبيب عن أصبغ يغرم قيمة العبد لحرمة القتل كما تلزمه دية الحر اذا قتله باذن وليه انتهى وفى سماع سحنون من كتاب الجنايات قيل لسحنون أصبغ يقول يغرم قاتل العمد بأمر سيده قيمته فقال ليس هذا بشئ لا قيمة على القاتل لان صاحبه عرضه للتلف والعبد مال من الأموال وليس على من أتلفها باذن ربها شئ ويضرب القاتل مائة ويسجن ويؤدب الآمر أدبا موجعا ابن رشد لاصبغ فى الواضحة مثل قوله هنا الا أنه قال انما أغرمته لحرمته على قوله وقال يضرب السيد والقاتل مائة سوط ويسجنان عاما وقول أصبغ فى الواضحة انما أغرمه القيمة لحرمته ليس بجيد لان اغرامه القيمة لحرمته ليس على قوله انما هو من باب العقوبة بالأموال واذا عوقب القاتل بغرم مالا يجب عليه غرمه فالسيد أحق أن لا يعطى القيمة لحرمته بالامر بقتل عبده ولو قال أصبغ انما أغرمه القيمة لاسقاط سيد العبد اياها عنه قبل وجوبها له عليه اذ لا تجب عليه الا بعد قتل العبد لكان له وجه لان لزوم اسقاط الحق قبل وجوبه أصل مختلف فيه انتهى ص ﴿وقتل الأدنى بالأعلى كحر كتابى بعبد مسلم﴾ ش لما تقرر ان الاسلام أعلا حرمة وأعظم من الحرية كان من انفرد به من القاتل والمقتول هو الاعلا ولما قدم المؤلف رحمه الله أن كون القاتل زائدا على المقتول بالحرية أو الاسلام مانعا نبه على ان كون القاتل أدنى من المقتول لا يمنع القصاص والمعنى ان الادنى اذا قتل الاعلا فانه يقتل به ثم مثل ذلك بفرع يتردد فيه النظر وهو اذا قتل الحر الكتابى عبدا مسلما فاختلف هل يقتل الحر الكتابى بالعبد المسلم وهو قول ابن القاسم أولا يقتل به وعليه قيمته لانه كسلعة وهو قول سحنون قال ابن رشد فى رسم سلف من سماع عيسى من كتاب الديات فى شرح قوله فى نصرانى حر قتل عبدا مسلما عمدا قال أرى أن يقتل به وقال سحنون عليه قيمته وهو كسلعة من السلع ابن رشد قوله وأرى أن يقتل به معناه ان أراد سيد العبد أن يستقيد من الكتابى وأما ان أراد أن يضمنه قيمة عبده ولا يقتله به فلا اختلاف فى ان له ذلك وانما الاختلاف اذا أراد أن يقتله به فقيل ليس له ذلك وهو الاظهر من جهة اتباع ما فى القرآن وقيل ان ذلك له وهو أظهر من جهة المعنى ثم استظهر القول الثانى ونقله ابن عرفة وقبله وهو خلاف ما قاله فى التوضيح فى شرح قول ابن الحاجب ويقتل الحر الذمى بالعبد المسلم والقيمة هنا كالدية ونصه أشار بقوله والقيمة هنا كالدية الى ان سيد العبد لو أراد أن يلزم الذمى قيمة العبد لجرى على الخلاف بين ابن القاسم

منك ولو قطعتها خطأ حملت ذلك على عاقلتك ويستقاد له مالم يقد منه وتحمل عاقلته ما أصاب من الخطأ (وقتل الادنى بالأعلى) ابن عرفة محض العمد يوجب ملك القود لمكافئه أو راجح عليه (كحر كتابى بعبد مسلم) أنظر النص قبل قوله أوأسلم

وأشهب فى الدية فعلى قول ابن القاسم ليس للسيد الا القتل الذمى أو يعفو وليس له أن يلزمه قيمة العبد وعلى قول أشهب يكون للسيد هنا أن يلزم الحر القيمة انتهى وأصله لابن عبد السلام والظاهر ماقاله ابن رشد لانه قد صرح فى المدونة بانه اذا جرح عبد عبدا أو قتله ان سيد المجروح أو المقتول مخير بين ان يستقيد أو يأخذ الارش كما سيأتى والله أعلم ولو قال المؤلف الذمى بدل الكتابى كما قال ابن الحاجب كان أحسن وفهم من كلام المؤلف حيث جعل الحر الكتابى أدنى من العبد المسلم ان العبد المسلم لا يقتل اذا قتل الحر الكتابى وهو كذلك قال فى التوضيح وحكى صاحب البيان الاتفاق على ذلك انتهى قال ابن الحاجب وسيد العبد مخير فى افتكاكه بالدية أو اسلامه فيباع لأوليائه قال فى التوضيح وحكى صاحب البيان انه يباع بدية الحر الذمى و يباع لأولياء الذمى لعدم جواز ملك الكافر للمسلم وظاهر كلامه انه اذا بيع يدفع جميع الثمن لأولياء الذمى وان كان أكثر من ديته وهو قول ابن القاسم فى المدونة وقاله مالك وقال مطرف وابن الماجشون ان فضل فضل فلسيده أصبغ والاول أصوب انتهى من التوضيح ص ﴿والكفار بعضهم ببعض﴾ ش ابن عرفة روى على قتل اليهودى بالمجوسى ونقص الدية لغو كالرجل بالمرأة انتهى ص ﴿كذوى الرق﴾ ش قال فى كتاب جنايات العبيد والقصاص بين المماليك بينهم كهيئته فى الاحرار نفس الأمة بنفس العبد وجرحها بجرحه فيخير سيد المجروح ان شاء استقاد وان شاء أخذ العقل الا أن يسلم اليه الجانى سيده وان جرح عبد عبدا عمدا فقال سيد المجروح لا اقتص ولكن أخذ العبد الجارح الا أن يفديه سيده بالارش وقال سيد الجارح اما أن تقتص أو تدع فالقول قول سيد المجروح وكذلك فى القتل أبو الحسن عن ابن يونس لان نفس القاتل قد وجبت لسيد المقتول فان شاء قتله أو أحياه فان أحياه صار عمده كالخطأ فيرجع الخيار الى سيده بين أن يسلمه أو يفديه والفرق بين العبد و بين الحر يقتل حرا فيعفى عنه على الدية فيأبى أن ذلك لا يلزمه على قول ابن القاسم ان العبد سلعة تملك فلما جاز قتله واتلافه على سيده جاز استرقاقه وخروجه عن ملكه والحر لا يملك فلا يجوز أخذ ماله الا بطوعه وأيضا فانه يقول أودى قصاصى وابقى مالى لورثتى والعبد لا حكم له فى نفسه ولا حجة لسيده لان قتله عليه وأخذه سواء الا أن يدفع الارش فلا حجة لورثة المقتول لانهم رفعوا عنه القود فصار فعله كالخطأ ولا يستقيم ذلك فى الحر لانه تكون الدية على عاقلته وهى لا تحمل شيأ من عنده فأمرهما مفترق انتهى (فرع) اذا كان السيد عبدا وقتل عبده ففى القصاص قولان نقلهما ابن سلمون ثم قال وفى الزاهى لابن شعبان ومن قتل عبده لم يقتل به وان كان عبدا انتهى ص ﴿وان قتل عبد عمدا ببينة أو قسامة﴾ ش احترز بقوله ببينة أو قسامة من اقرار العبد بذلك فان الحكم حينئذ مخالف لما ذكر نص عليه فى المدونة ونصه وان أقر العبد انه قتل حرا عمدا فلوليه القصاص فان عفا على أن يستحييه لم يكن له ذلك وله معاودة القتل ان كان ممن يظن ان ذلك له انتهى أبو الحسن قال أبو عمران وأما ان كان عالما انه عفا ان قتل العبد يبطل فلا قتل له انتهى وقبله بيسير فى المدونة قال ابن القاسم وما أقر العبد به مما يلزمه فى جسده من قتل أو قطع أوغيره فانه يقبل اقراره قال ابن زياد اذا أقر طائعا غير مسترهب وما آل الى غرم على سيده فلا يقبل اقراره الا ببينة على فعله مثل اقراره بغصب أمة أو حرة نفسها ولم تكن متعلقة به بجرح أو بقتل أو خطأ أو باختلاس مال أو استهلاكه أو سرقة لا قطع فيها ولا يعلم ذلك الا بقوله فلا يصدق ولا يتبع بشئ من ذلك اذا عتق انتهى ونبه على ذلك ابن عبد السلام والمصنف فى التوضيح فى قول ابن الحاجب فى كتاب الأقضية

(والكفار بعضهم ببعض من كتابى ومجوسى ومؤمن) ابن عرفة ذو الكفر سواء فى القصاص بينهم المجوسى كالكتابى فيه (كذوى الرق) أنظر النص عند قوله ولا زائد حرية (وذكر وصحيح وضدهما) من المدونة وغيرها لغو فضيلة الذكورية والعدالة والشرف وسلامة الاعضاء وصحة الجسم لحديث المسلمون تتكافأ دماؤهم و فى دياتها ان قتل الصحيح سقيما أو أجذم أو أبرص أو مقطوع اليدين والرجلين عمدا قتل به وان اجتمع نفر على قتل امرأة أو صبية عمدا قتلوا بذلك (وان قتل عبد حرا عمدا ببينة أو قسامة

فى جواب دعوى القصاص على العبد ودعوى الارش على السيد ونقله ابن عرفة فى أول كتاب الاقرار من مختصره وحاصله كما قال فى الرسالة واقرار العبد فيما يلزمه فى بدنه من حد أو قطع يلزمه وما كان فى رقبته فلا اقرار له يريد الا المأذون فان اقراره فى ماله جائز انظر ابن عرفة أول الاقرار والشيخ أبا الحسن الصغير هنا والله أعلم (فرع) قال فى المدوّنة قال ابن القاسم واذا جنى العبد على سيده فلا شئ عليه أبو الحسن لانه مملوك لسيده بالاصالة فلا يقال يكون له رهنا بالجناية لانه تحصيل حاصل وهذا يقتضى انه ان جنى على سيده وعلى أجنبى فيخير سيده فى ان يفتكه كله بدية جناية الاجنبى و بين اسلامه كله فى جناية الاجنبى ولا يقاصه بجنايته قاله ابن القاسم فى سماع أصبغ من كتاب الديات وقاس عليه أشهب عبد المرأة ذات الزوج يضرب بطنها وهى حامل فألقت جنينا ميتا ان المرأة مخيرة بين ان تدفع الى زوجها ما يصيبه من دية الجنين وتحبس العبد و بين ان تدفع جميع العبد قال ولا شئ لها من العبد لان جنايته على سيدته كجنايته على سيده وعلى أجنبى معه انتهى ص ﴿ خير الولى ﴾ ش يعنى يخير الولى بين ان يقتل العبد أو يستحييه فان اختار العبد القتل فله ذلك وان استحياه خير سيده فى اسلامه أو فدائه فان اختار سيده فداءه فانه يفديه بدية الحر قاله فى المدوّنة فى كتاب جنايات العبيد منها وفى موضع آخر قال ابن عبد السلام بعد ان قرر المسئلة وهذا الكلام لا اشكال فيه على أصل أشهب فى الحر يقتل الحر ان لولاة الدم أن يقتلوه أو يلزموه الدية وأما ابن القاسم الذى يقول ليس لهم على القاتل الا القتل وليس لهم أن يلزموه الدية فقد يفرق له بان المطلوب فى مسئلة الحر هو القاتل لنفسه وله فى التمسك بماله غرض ارادة غنى ورثته بعده والمطلوب هنا غير القاتل وهو السيد ولا ضرر عليه فى واحد من الأمرين اللذين يختارهما ولى الدم بل له ان اختار الولى الاستحياء بما ذكرناه مما هو أخف ان شاء سلم العبد وان شاء دفع ديته انتهى وذكره فى التوضيح وقال ابن عرفة وجعل ابن عبد السلام تخيير ولى قتيل العبد فى قتله واستحيائه جاريا على أصل أشهب فى جبر الحر على الدية غير جار على أصل ابن القاسم فيه وأجاب بان جبر الحر على الدية يضر به لان له وارثا قد يرجح مصلحته على نفسه والمطلوب فى مسئلة العبد غير القاتل وهو السيد ولا ضرر عليه فى واحد من الامرين اللذين يختارهما الولى انتهى (قلت) قوله المطلوب فى مسئلة العبد غير صحيح ضرورة اذ لا طلب عليه بحال فقد يفرق بان الحر يجبر على أمر يتكلفه وهو الدية والعبد لا يكلف بشئ و بان للولى حجة فى العبد وهو أنفته ان يأخذ فى دم وليه دم عبد وهو لا يكافئه انتهى اما تفرقة ابن عرفة الاولى فهو معنى كلام ابن عبد السلام بعد حذفه منه ان المطلوب فى المسئلة الاولى القاتل وفى الثانية غير القاتل وهو السيد ورد على ابن عبد السلام فى كلامه هذا انما يصح اذا فهم ان المراد بقوله المطلوب المطلوب بالدم والظاهر ان ابن عبد السلام لم يرد هذا الوضوحه اذ من المعلوم انه لو مات العبد سقط القود وانما عنى بالمطلوب المأخوذ منه المال فهو فى مسئلة الحر القاتل وفى مسئلة العبد السيد لانه مطلوب باسلام العبد أو فدائه وهو لا ضرر عليه فى واحد من الامرين لان اسلامه لولى الدم ملكا مسا ولقتله وهو معنى ما تقدم نقله عن ابن يونس عند قوله كذى الرق فراجعه وتفرقة ابن عرفة الثانية غير ظاهرة لانها انما تصح لو كان هذا الحكم أى تخيير الولى خاصا بما اذا كان المقتول حرا وقد علمت ان الحكم عام سواء كان المقتول حرا أو عبدا كما تقدم عن المدونة فتأمله والله أعلم (فرع) قال ابن عبد السلام هنا فى قتل العبد عمدا واختلف هل تكون الدية حالة أو مؤجلة وقد تقدم ان مسئلة اصطدام العبد مع الحر تدل على

خير الولى فان استحياه فلسيده اسلامه أو فداؤه) من المدونة قال مالك يقتل العبد بالحر ان شاء الولى فان استحياه خير سيده فى اسلامه أو فدائه بالدية وكذا يخير فى فدائه بالدية فى قتله خطأ وان قتل عبد حرا فأتى ولاته عليه بشاهد حلفوا خمسين يمينا ولهم قتل العبد ان شاؤا وليس لهم أن يحلفوا يمينا واحدة ليستحيوه إذ لا يستحق دم حر الا ببينة أو حلف خمسين يمينا

الحلول انتهى قال ابن الحاجب ولو اصطدم حر وعبد فثمن العبد فى مال الحر ودية الحر فى رقبة العبد قال فى التوضيح المراد بالثمن القيمة لكن تبع المؤلف لفظ المدونة يعنى ان ماتا فان كانت القيمة أكثر من دية الحر كان الزائد لسيد العبد فى مال الحر وان كانت دية الحر أكثر لم يكن على السيد من ذلك شئ محمد الا أن يكون للعبد مال فيكون بقية العقل فى ماله وأخذ ابن رشد من هنا ان مذهب المدونة فى جناية العبد انها على الحلول لان قيمة العبد فى مال الحر حالة فلما قال بتقاصان ولم يقل بأخذها ويؤدى السيد الدية التى جناها عبده منجمة دل على أنها حالة وقال أصبغ بخلاف هذا وهو ان سيد العبد يخير فى جنايته على الحر خطأ بين أن يسلمه أو يفديه بها منجمة انتهى ونقله ابن عرفة والرجراجى والله أعلم (مسئلة) قال فى رسم ان خرجت من سماع عيسى من كتاب الجنايات وسئل ابن القاسم عن عبد جرح رجلا ثم أبق فقال المجروح لسيد العبد اما ان تدفع الى قيمة جرحى واما ان تخلى بينى و بين العبد اطلبه فان وجدته فهو لى قال لاخير فيه هذه مخاطرة ان وجده غير صاحبه وان دفع اليه قيمة الجرح لم يدر لعل العبد قد مات فلا خير فيه وقد بلغنى ان مالكا قاله * ابن رشد هذا بين على ما قال لان الغرر فيه بين والواجب فى ذلك على قوله ان رجأ الامر الى ان يوجد العبد فيخير سيده واتفاقهم على هذه المسئلة يقتضى صحة قول أصبغ فى مسئلة التفليس اه ومسئلة التفليس تقدمت والله أعلم (مسئلة) قال فى رسم العشور من سماع عيسى من الجنايات وسئل العبد يقتل الحر عمدا فيسلم الى وليه فيستحييه أيباع عليه قال لا الا أن يخاف أن يمثل به ان عفا عنه ابن رشد هذا بين لا اشكال فيه (مسئلة) فان قتل ولى الدم العبد فلا اشكال ان ماله لسيده ان استحياه فان فداه سيده فماله لسيده وان أسلمه فهل يتبعه ماله قال الرجراجى فيه قولان فى العتبية والله أعلم وأما ان جنى على العبد بعد ان جنى فأرش جنايته للمجنى عليه ان أسلمه السيد انظر ما فى كتاب الجنايات من البيان وأظنها فى سماع يحيى وأصبغ والله أعلم (مسئلة) واذا جنى العبد على شئ من الأموال ولزم رقبته فالمخير سيد العبد الجانى بين ان يسلمه بما استهلك أو يفتكه قال فى المقدمات فى كتاب الجنايات فصل فى جناية العبيد على الاموال لا يخلوا اما أن يؤتمنوا عليها أم لا فان ائتمنوا عليها بعارية أو كراء أو وديعة أو استعمال أو ما أشبه ذلك فان ذلك على وجهين أحدهما أن يستهلكه بالفساد والهلاك والثانى أن يستهلكه بالانتفاع به فان استهلكه بالفساد والهلاك ففيه قولان أحدهما أن ذلك فى رقبته وهو قول ابن الماجشون والثانى ان ذلك فى ذمته وهو قول ابن القاسم وأما ان استهلكه بالانتفاع مثل أن يكون ثوبا فيتعدى عليه فيبيعه ويأكل ثمنه أو طعاما فيأكله وما أشبه ذلك فهذا لا خلاف انه فى ذمته لا فى رقبته وأما جناياتهم على ما لم يؤتمنوا عليه فذلك فى رقابهم كانت لحر أو لعبد يخير سيد العبد الجانى بين أن يسلمه بما استهلكه من الأموال أو يفتكه بذلك كان ما استهلكه من الأموال أقل من قيمته أو أكثر الا أن يرضى المجنى عليه باقل من ذلك ان كان حرا مالكا لنفسه أو مأذونا له فى التجارة وأما ان كان عبدا محجورا عليه أو صبيا مولى عليه فلا يجوز الا باذن سيد العبد أو ولى اليتيم انتهى وقاله الرجراجى وغيره وزاد قال ابن حارث فى باب أحكام العبد من كتاب أصول الفتيا له ومن حكم العبد فى جنايته كانت جنايته على نفس أو على مال عمدا أو خطأ أن يخير السيد بين أن يفتكه من الجناية ويبقى كما كان قبل الجناية وقال فى المنتقى فى كتاب الاقضية فى قضية المزنى لما سرق عبيد حاطب ناقته ونحروها وأغرم عمر رضى الله عنه حاطبا قيمتها وأضعفها ما نصه (مسئلة) ولو كان للعبيد أموال فقد قال أصبغ انما يكون غرمها فى أموال العبيد لو كانت لهم أموال والا فلاشئ وانما

(ان قصد ضربا وان بقضيب) من المدونة من تعمد ضرب رجل بلطمة أو وكزة أو حجر أو بندقة أو قضيب أو عصا أو غير ذلك ففى كله القود ان مات بذلك * المتيطى القتل يكون على ثلاثة أوجه أحدها ان لا يعمد للضرب ولا للقتل مثل ان يرمى شيأ فيصيب به انسانا فيقتله أو يقتل المسلم فى حرب العدو وهو يرى انه كافر فهذا قتل خطأ باجماع لا يجب فيه القصاص الوجه الثانى ان يعمد للضرب ولا يعمد للقتل فلا يخلو ان يكون ذلك على وجه اللعب أو على وجه الادب ممن يجوز له الادب أو على وجه النائرة والغضب فأما ان كان على وجه اللعب فثالث الاقوال قول المدونة ان ذلك من الخطأ وأما ان كان على وجه الادب ممن يجوز له الادب كالمؤدب والصانع فهو يجرى عندى على ما اذا كان على وجه اللعب فتدخل فيه الاقوال الثلاثة وأما ان كان على وجه النائرة والغضب الوجه الثالث أن يعمد للقتل أنظره أول كتاب الديات ومن المدونة ان تعمده بضرب لطمة فمات قتل به (كخنق ومنع طعام ومثقل) التلقين العمد ما قصد به اتلاف النفس بآلة تقتل غالبا ولو بمثقل أو باصابة المقتل كعصر الانثيين وشدة الضغط والخنق * ابن القصار أو يطبق عليه بيتا أو يمنعه الغذاء حتى يموت جوعا بعض القرويين من منع فضل مائه مسافرا عالما انه لا يحل منعه وانه يموت ان لم يسقه ماءه انه قتل به وان لم يل قتله (ولا قسامة ان أنفذ مقتله أو مات مغمورا) من المدونة ان شققت بطن رجل فتكلم أو أكل أو عاش وأكل يومين أو ثلاثة ثم مات من ذلك أفيه قسامة قال لم أقف لمالك على هذا ولكنه قال ان مات تحت الضرب أو بقى مغمورا لم يتكلم ولم يأكل ولم يشرب ولم يفق حتى مات فلا قسامة فيه وقال من أكل أو شرب وعاش ثم مات بعد ذلك ففيه القسامة لأنه لا يؤمن انه مات من أمر عرض له وأما شق الجوف فلم اسمع منه فيه شيأ وأرى ان أنفذ مقتله وعلم انه لا يعيش من مثل هذا انما حياته خروج نفسه فليس فيه وما أشبهه قسامة وقد قال مالك فى الشاة يخرق السبع بطنها فيشق أمعاءها فتنتشر انها لا تؤكل على حال (أو كطرح غير محسن العوم عداوة والا فدية) روى ابن القاسم طرح من لا يحسن العوم فى نهر على وجه العداوة يوجب القود ومن المدونة من طرح رجلا فى نهر ولم يدر انه لا يحسن العوم فمات فان كان على العداوة والقتل قتل به وان كان على غير ذلك ففيه الدية (وكحفر بئر وان ببيته ووضع مزلق أو ربط دواب بطريق واتخاذ كلب عقور تقدم لصاحبه انذار قصد الضرر وهلك المقصود والا فالدية) من المدونة من وضع سيفا بطريق المسلمين أو بموضع لقتل رجل فعطب به الرجل قتل به وان عطب به غيره فديته على عاقلته ومن المدونة أيضا قال مالك من حفر بئرا فى منزله للسارق أو عمل له ما يتلف به فمات ضمن ديته وكذلك ان وقع فيه غيره * أبو ابراهيم ان قصد قتل انسان بعينه قتل به وفى غيره ديته على العاقلة كقولها فى مسئلة السيف وهو دليل الباب كله * ابن الحاجب شرط القتل ان يكون عمدا ثم قال وهو القصد الى ما يقتل مثله من مباشرة أو تسبب ثم قال والسبب كحفر بئر أو شرب أو وضع سيف أو ربط دابة أو اتخاذ كلب عقور قصد الهلاك حتى

يكون فى رقابهم ما كان من سرقة لا قطع فيها فيخير السيد بين اسلامهم أو افتكاكهم بقيمتها وقال ابن المواز لا يتبع فى السرقة التى يقطع فيها فى رقه ولا عتقه ولا فيما بيده من ماله ولو ثبت ذلك بالبينة اذا لم توجد بعينها لان ماله انما صار له بعد العتق انتهى ص ﴿ان قصد ضربا﴾ ش يعنى قصد ضرب من لا يجوز له ضربه وسواء قصد الشخص المضروب نفسه أو قصد أن يضرب شخصا عدوانا فاصاب غيره أما لو قصد ضرب من يحل له ضربه فاصاب غيره وهو خطأ قال فى النوادر فى ترجمة صفة العمد والخطأ قال ابن المواز ومن قتل رجلا عمدا يظنه غيره ممن لو قتله لم يكن فيه قصاص فهو من الخطأ لا قصاص فيه وقد مضى ذلك فى مسلم قتله مسلمون بعهد النبى صلى الله عليه وسلم يظنونه من المشركين فوداه عليه السلام ولم يهدره انتهى ونقله الرجراجى فى شرح المدونة قال فى المقدمات القتل على ثلاثة أوجه الأول اذا لم يعهد للقتل ولا للضرب مثل أن يرمى الشئ فيصيب به انسانا فيقتله أو يقتل المسلم فى حرب العدو وهو يرى انه كافر وما أشبه ذلك فهذا هو قتل الخطأ باجماع لا يجب فيه القصاص وانما فيه الدية على العاقلة والكفارة فى ماله انتهى (تنبيه) قوله ان قصد ضربا يريد على وجه الغضب لا على وجه اللعب والادب قال فى المقدمات فان قصد الضرب ولم يقصد القتل وكان الضرب على وجه الغضب فالمشهور عن مالك المعروف من قوله ان ذلك عمد وفيه القصاص وقال فى التوضيح وأما اللعب ففى المقدمات فيه ثلاثة أقوال أولها انه خطأ قال وهو مذهب ابن القاسم ورواية عن مالك فى المدونة انتهى وقال فى الشامل فان كان فى لعب فخطأ على الأصح وثالثها ان تلاعبا معا فكذلك وان ضربه ولم يلاعبه الآخر فالقود انتهى ص ﴿قصد الضرر وهلك المقصود والا فالدية﴾ ش يعنى أن من فعل شيأ مما تقدم لقصد الضرر لمعين أو لغير معين أو لا هلاك

لوحفر فى داره بئر الاهلاك لص فقتل به ولو هلك به غير المقصود فالدية أو القيمة أما لو فعل ذلك لا لقصد اهلاك فان كان فيما لا يجوز له ضمن الدية والقيمة وان كان يجوز فان قصد ضررا ولو كسارق ضمنه وغيره والا فلا ضمان * الباجى وروى ابن وهب من رش فناءه ليزلق من يمر به من آدمى أو غيره ضمنه وكذلك من جعل فى الطريق مربطا لدابته أو كلبا لداره يعقر من يدخلها أو فى غنمه ليعدو على من أرادها وروى ابن القاسم من فعل ما يجوز له كمن حفر بئرا بداره من غير ضرر أحد أو بدار غيره باذنه أو رش فناءه تبردا أو تنظفا أو ربط كلب صيد بداره أو فى غنمه للسباع أو نصب حبالات للسباع أو وقف على دابته بطريق أو نزل عنها لحاجة أو أوقفها بباب مسجد أو حمام أو بسوق لم يضمن ما هلك بشئ من ذلك وكذا ان أخرج روشنا من داره أنظر بعد هذا عند قوله الانهار وانظر ترجمة فيمن استعمل صبيا من ابن يونس وقال أشهب من حفر بئر ماشية قرب أخرى لغير بغير اذنه فعطب بها آدمى لم يضمنه لأنه جائز له الأن يعلم انه يضر بجاره فيؤمر بردها وما هلك فيها بعد أمره ضمنه * محمد وما هلك بذلك من آدمى فعلى عاقلته وغيره فى ماله (وكالاكراه وتقديم مسموم) تقدم قول ابن الحاجب شرط (٢٤١)

سارق أو الدواب التى تأكل زرعه فانه ينظر ان فعله لمعين وهلك المقصود ففيه القصاص وقوله والا فالدية شامل للصورتين الأولى أن يقصد ضرر شخص معين فيهلك غيره الثانية لا يقصد شخصا معينا والحكم فى الصورتين سواء كما صرح به فى المدونة وغيرها وفى التوضيح ومفهوم قوله قصد الضرر انه لولم يقصد ضررا فلاشئ عليه وهو كذلك قال فى أول سماع أصبغ من كتاب الاقضية قال أصبغ بن الفرج سألت ابن القاسم عن الرجل يكون له الزرع فتغير فيه دواب الناس فتفسده فيريد صاحب الزرع أن يحفر حول زرعه حفيرا لمكان الدواب وقد تقدم الى أصحابها وانذرهم فيحفر فيقع بعض تلك الدواب فى ذلك الحفير فتموت أترى عليه ضمانا قال ليس عليه شئ ولو لم ينذرهم ولم يتقدم اليهم وقاله أصبغ وهو قول مالك ان شاء الله قال محمد بن رشد هذا كما قال لانه انما فعل ما يجوز له أن يفعله من الحفير فى أرضه وضعه تحصينا على زرعه لا لاتلاف دواب الناس ولو فعل ذلك لاتلاف دواب الناس لزمه الضمان على ما قاله فى المدونة فى الذى يصنع فى داره شيأ ليتلف فيه السارق فتلف فيه السارق أو غير السارق انه ضامن انتهى وقال ابن يونس فى آخر كتاب الديات قال مالك وان جعل فى حائطه حفير السباع أو حبالة لم يضمن ما عطب بذلك من سارق أو غيره فان جعل فى باب جنانه قصبا يدخل فى رجل من يدخله أو اتخذ تحت عتبته مسامير لمن يدخل أو رش فناءه يريد زلق من يدخله من دابة أو انسان أو اتخذ فيه كلبا عقورا فهو ضامن لما أصيب من ذلك ولو رش لغير ذلك لم يضمن من عطب فيه كحافر البئر فى داره لحاجة أو لارصاد سارق فهو مفترق يعنى والله أعلم انه يفرق بين أن يحفرها لحاجة فلا يضمن أو يرصد بها السارق فيضمن فتأمله والله أعلم ص *(ويقتل الجميع بواحد)* ش ولو كان المباشر للقتل واحدا

القتل ان يكون عمدا ثم قال من مباشرة أو تسبب كحفر بئر وكالاكراه وتقديم الطعام المسموم وقال ابن شاس المذهب نوعان أى سبب ومباشرة فالسبب كحفر بئر للاهلاك وكالاكراه وشهادة الزور فى القصاص على احدى الروايتين وتقديم الطعام المسموم الى الضيف والذى لابن عرفة فى القود بالاكراه بشهادة الزور روايتان واختار ابن القصار الاولى فى تقديم الطعام المسموم القود انتهى نقله من المدونة من قتل رجلا بسقى سم قتل به (ورمى حية عليه) أصبغ من طرح على رجل حية مسمومة فمات قتل به ولا يصدق انه على اللعب مثل بعض الشباب يطرح الحية التى لا تعرف بمثل هذا فتقتل فهذا خطأ * ابن عرفة مقتضى قول المدونة ان تعمده بضرب لطمة فمات قتل به عدم شرط انها قاتلة وقال ابن شاس يغلب السبب على المباشرة وذلك ظاهر اذا لم تكن المباشرة عدوانا كما لو طرح رجل مع سبع فى مكان ضيق وأمسكه على ثعبان فهلك (وكاشارته بسيف فهرب وطلبه وبينهما عداوة وان سقط فبقسامة واشارته فقط خطأ) ابن شاس واختلف فى الاشارة بالسيف وقال محمد من أشار على رجل بالسيف وكانت بينهما عداوة فتمادى بالاشارة عليه وهو يهرب منه فطلبه حتى مات فعليه القصاص * ابن القاسم ان طلبه حتى سقط فمات فعليه القود بقسامة انه مات خوفا منه * الباجى لاحتمال موته من السقطة * الباجى ولو كانت اشارته فقط فمات فانما فيه الدية عند محمد على العاقلة ونحوه لابن القاسم (وكالامساك للقتل) من الموطا من أمسك رجلا لآخر ليضربه فضربه فمات ان أمسكه وهو يرى انه يريد قتله قتلا معا وان كان يرى انه لا يقتله قتل القاتل فقط وعوقب الممسك أشد عقوبة وسجن سنة (وتقتل الجماعة بالواحد)

ابن عرفة المذهب قتل الجماعة بالواحد (والمتمالؤن وان بسوط سوط) ابن الحاجب لو تمالأ جمع على ضرب سوط سوط قتلوا جميعا * ابن عرفة يريد تمالؤا على قتله (والمتسبب مع المباشر) ابن عرفة قول ابن الحاجب لو اشترك المتسببون والمباشرون قتلوا جميعا واضح دليله مسئلة الامساك وقول المدونة في المحاربين ان ولي رجل من جماعة قتل رجل وباقيهم عون لهم وتابوا قبل أخذهم دفعوا لأولياء القتيل قتلوا من شاؤا وعفوا عمن شاؤا وأخذوا الدية ممن شاؤا ومن الرسالة وتقتل الجماعة بالواحد وان ولي القتل بعضهم (كمكره ومكره) المازري من أكره رجلا على قتل رجل ظلما قتل المباشر اذ لا خلاف ان الاكراه لا يبيح له قتل مسلم ظلما ويقتل المكره أيضا لأن القاتل كآلة انتهى وصور ابن رشد هنا ست صور ولم يذكر هذه الصورة بهذه العبارة وعبارته في الذين يقتلون معا ان قال مانصه الصورة الثانية ان يأمر الرجل عبد نفسه بقتل رجل فيفعل فانهما يقتلان جميعا عند ابن القاسم ولم يختلف في ذلك كان العبد فصيحا أو أعجميا وقاله أصبغ الصورة الثالثة ان يأمر الامام بعض أعوانه بقتل رجل ظلما فيفعل لا خلاف انهما يقتلان معا الصورة الرابعة ان يأمر الرجل ابنه الذي في حجره وقد بلغ الحلم أو الصانع لمتعلمه وقد بلغ الحلم أو المؤدب لمن يؤدبه وقد بلغ الحلم بقتل رجل فيفعل اختلف في هذا قول ابن القاسم فقال في سماع يحيي يقتل القاتل ويبالغ في عقوبة الآمر وقال في رواية سحنون انهما يقتلان معا انتهى فانظر أنت هذا (وكأب أو معلم أمر ولدا صغيرا) ابن رشد والصورة الخامسة أن يأمر الرجل ابنه الذي في حجره وقد راهق الحلم ومثله يتناهى عما ينهى عنه والصانع لمتعلمه كذلك يعني المراهق الذي لم يبلغ الحلم أو المؤدب لمن يؤدبه كذلك أيضا فان الآمر يقتل ويكون على عاقلة الصبي القاتل نصف دية المقتول عند ابن القاسم الصورة السادسة أن يكون دون ذلك في السن فلا خلاف أن الآمر يقتل ويكون على عاقلة الصبي نصف الدية انتهى والذي للمتيطي اذا أمر رجل صبيا صغيرا لا يعقل بقتل رجل أو بقتل صبي قتل الآمر أبا كان أو معلما وكانت على عاقلة الصغير المأمور الدية وان كان الصبي ممن يعقل وهو دون الحلم أدب ولم يقتل وكان على عاقلة الصبي المأمور الدية انتهى انظر

قوله كانت عليه الدية وقد تقدم لابن رشد نصف الدية وكذا قال المازري (وسيد أمر عبدا مطلقا) تقدم في الصورة الثانية لابن رشد ان السيد والعبد يقتلان معا كان العبد فصيحا أو أعجميا وقد تقدم في الفرع قبل هذا أن الآمر يقتل دون الصبي المأمور انظر أنت عبارة خليل (فان لم يخف المأمور اقتص منه فقط) ابن رشد الصورة الأولى أن يأمر الرجل رجلا آخر او عبد الغيره بقتل رجل فيقتله لا خلاف انه يقتل القاتل ويضرب الآمر مائة ويسجن سنة انتهى وانظر أنت الصوره الرابعة هل تدخل لخليل هنا انظرها قبل قوله وكأب (وعلى شريك الصبي القصاص ان تمالآ على قتله) من المدونة ان قتل رجل وصبي رجلا عمدا قتل الرجل وعلى عاقلة الصبي نصف الدية ابن يونس يريد اذا تعمدا جميعا قتله وتعاقدا عليه وتعاونا عليه (لا شريك مخطئ ومجنون) نص ابن الحاجب ان حكم المجنون كحكم المخطئ وقال ابن عرفة في العامد اذا شركه صبي أو أب أو مجنون أو مخطئ أو من لا يقتص منه ستة أقوال ومن المدونة لو كانت رمية الصبي خطأ ورمية الرجل عمدا ومات منهما معا فاحب الى أن تكون الدية عليهما معا لاني لا أدري من أيهما مات ابن يونس يريد نصف الدية على الرجل في ماله محمد وان قتل رجلان رجلا أحدهما عمدا والآخر خطأ قتل المتعمد وعلى المخطئ نصف الدية (وهل يقتص من شريك سبع وجارح نفسه وحربي ومريض بعد الجرح أو عليه نصف الدية قولان) هذه عبارة ابن الحاجب وانظر شريك الهدم قال ابن القاسم في رواية عيسى فيمن جرح ثم ضربته دابة فمات فلا يدري من أي ذلك مات قال نصف الدية على عاقلة الجارح قيل بقسامة قال وكيف يقسم في نصف الدية وقال في المجموعة اذا جرحه رجل ثم ضربته دابة أو وقع من فوق جدار فاصابته جراح أخر ثم مات فلا يدري من أي ذلك مات فلهم أن يقسموا لمات من جرح الجارح وهو كمرض المجروح بعد الجرح وقد قال مالك اذا مرض المجروح فمات فليقسموا لمات من ضربه في الخطأ والعمد قال ابن المواز وان كان انما طرحه انسان على ظهر البيت بعد جرح الاول أقسموا على أيهم شاؤا على الجارح أو الطارح وقتلوه وضرب الآخر مائة وسجن عاما انتهى من ابن يونس وراجع أنت ابن عرفة ونقله عن ابن رشد أن معنى مسئلة الدابة ان جرح الرجل وضرب الدابة كان معا ومات من حينه فحمل أمره على موته من الآمر لاحتمال موته منهما احتمالا واحدا لا يمكن

منهم أو كان عينا لهم وهذا مذهب ابن القاسم خلافا لأشهب هكذا نقل اللخمي عنه في التبصرة وانظر كتاب المحاربين من المدونة وشرحها لأبي الحسن وانظر كلام الباجي ص * كمكره ومكره * ش يريد الا الأب فانه لو أكره شخص على قتل ابنه فقتله فلا قصاص على الأب

تغليب أحدهما على الآخر ابن رشد وقوله فيمن شج موضحة فتأخر برؤه حتى سقط عليه جدار ومات منه أو قتل له نصف عقل الموضحة ابن رشد وهذا عندي لانه لا يدرى لعله مات من الموضحة ابن عرفة في تعليله نظر راجعه فيه (وان تصادما أو تجاذبا مطلقا قصدا فماتا أو أحدهما فالقود) قال مالك اذا اصطدم فارسان فمات الفرسان والراكبان فدية كل واحد على عاقلة الآخر وقيمة فرس كل واحد في مال الآخر قال مالك ولو ان حرا وعبدا اصطدما فماتا جميعا فقيمة العبد في مال الحر ودية الحر في رقبة العبد يتقاصان فان كان ثمن العبد أكثر من دية الحر كان الزائد لسيد العبد في مال الحر وان كانت دية الحر أكثر لم يكن على السيد من ذلك شئ وقال في رجلين اصطدما وهما يحملان جرتين فانكسرتا غرم كل واحد ما كان على صاحبه وان انكسرت احداهما غرم ذلك له صاحبه قال مالك في السفينتين تصطدمان فتغرق احداهما بما فيها فلا شئ في ذلك على أحد لان الريح تغلبهم الا أن يعلم ان النواتية لو أرادوا صرفها قدروا فيضمنوا والا فلا شئ عليهم قال ابن القاسم ولو قدروا على حبسها الا أن فيها هلاكهم وغرقهم فلم يفعلوا فليضمن عواقلهم دياتهم ويضمنوا الاموال في أموالهم وليس لهم أن يطلبوا نجاتهم بغرق غيرهم وكذلك لو لم يروهم في ظلمة الليل وهم لو رأوهم لقدروا على صرفها فهم ضامنون لما في السفينة ودية من مات على عواقلهم ولكن لو غلبتهم الريح أو غفلوا لم يكن عليهم شئ انتهى من ابن يونس ابن عرفة قال ابن شاس وسواء كان المصطدمون راكبين أو ماشين أو بصيرين أو ضريرين أو أحدهما ضريرا وبيده عصا وان تعمد الاصطدام فهو عمد محض فيه حكم القصاص ولو كانا صبيين ركبا بأنفسهما أو أركبهما أولياؤهما فالحكم فيهما كما في البالغين الا في القصاص ولو جذبا حبلا فانقطع فتلف فكاصطدامهما وان وقع أحدهما على شئ فاتلفه ضمناه ابن عرفة يؤيد هذا ما في المدونة والمجموعة ان اصطدم فرسان فر أحدهما على صبي فقطع أصبعه ضمناه انظر هنا في ابن عرفة القصاص من قتل خارجة ولم يلتفت لاثبات قوله أردت عمرا وأراد الله خارجة ومن قتل رجلا عمدا يظنه غيره ممن لو قتله لم يكن فيه قصاص ومن رمى رجلا بحجر فاتقاها المرمى عليه فقتلت آخر كالو هرب امام القاتل فسقط على طفل فقتله كالاربعة الذين تعلق بعضهم ببعض وسقطوا على الاسد فقتلهم (وحملا عليه عكس السفينتين الا لعجز حقيقي الا لخوف غرق أو ظلمة) قد تقدم جميع ما نقل ابن يونس عن ابن القاسم في اصطدام السفينتين والراكبين وقال ابن الحاجب لو اصطدم فارسان عمدا فاحكام القصاص والا فعلى عاقلة كل واحد دية الآخر ثم قال فان اصطدم سفينتان فلا ضمان بشرط العجز عن الصرف والمعتبر العجز حقيقة لا لخوف غرق أو ظلمة * ابن عبد السلام قول ابن الحاجب يوهم أن حكم الفارسين مخالف لحكم السفينتين وليس كذلك لان الفارسين اذا جمح بهما فرساهما فكان تلف لم يضمنا الا أن الفرسين اذا جهل أمرهما حمل على انهما قادران على امساكهما وفي السفينتين على العجز * ابن عرفة قوله اذا جمح الفرس ولم يقدر راكبه على صرفه انه لا يضمن يرد بقولها ان جمحت دابة براكبها فوطئت انسانا فهو ضامن و بقولها ان كان في رأس الفرس اعتزام فحمل بصاحبه فاصطدم فصاحبه ضامن لان سبب جمحه من راكبه وفعله به الا أن يكون انما نفر من شئ مر به في الطريق من غير سبب راكبه فلا ضمان عليه (والا فدية كل على عاقلة الآخر وفرسه في مال الآخر كثمن العبد) تقدم أول مسئلة ان لم يصدما مقصدا

للشبهة والقصاص على المكره بكسر الراء كما نص عليه ابن الحاجب وغيره وقبله في التوضيح وعلم منه ان عكس المسئلة أولى بعدم القصاص والله أعلم ص ﴿عكس السفينتين﴾ ش أي فانهما يحملان على عدم القصد اذا جهل أمرهم فاذا تحقق أنهم متعمدون لاتلافهم فهم ضامنون قال في المدونة ولو أن سفينة صدمت أخرى فكسرتها فغرق أهلها فان كان ذلك من ريح غلبتهم أو من شئ لا يستطيعون حبسها فلا شئ عليهم وان كانوا قادرين على أن يصرفوها ولم يفعلوا ضمنوا ابن يونس يريد في أموالهم وقيل الدية على عواقلهم نقله عنه ابن عرفة وقال اللخمي الدية في ذلك على العواقل الا أن يتعمد ذلك ويعلم أن ذلك مهلك فتكون الدية في أموالهما انتهى ونقله أبو الحسن عنه وهو مشكل فانه يقتضي اذا تعمد أهل السفينة اغراق الاخرى فليس عليهم الا الدية والظاهر أنه يجب في ذلك القصاص لان ذلك بمنزلة من طرح من لا يحسن العوم و بمنزلة المثقل فتأمله وقال أبو الحسن مسئلة السفينة والفرس على ثلاثة أوجه ان علم ان ذلك من الريح في السفينة وفي الفرس من غير راكبه فهذا لا ضمان عليهم أو يعلم ان ذلك من سبب النواتية في السفينة ومن سبب الراكب في الفرس فلا اشكال انهم ضامنون وان أشكل الامر حمل في السفينة على أن ذلك من الريح وفي الفرس أنه من سبب راكبه انتهى ص ﴿الا لعجز حقيقي﴾ ش قال ابن عرفة قول

وكيف لو كان أحدهما عبدا ولم يذكر ابن يونس اصطدامهما قصدا وهنا كان ينبغي نقل كلامه لكن أردت تقديم نص المدونة
(وان تعدد المباشر ففى الممالأة يقتل الجميع والاقدم الاقوى) انظر قبل هذا عند قوله والمتمالئون وعند قوله والمتسبب مع المباشر
ذكر هنالك اذا كان المتمالئون فى فور واحد وذكر هنا اذا طرأت مباشرة ثم أخرى قال ابن شاس اذا طرأت مباشرة على مباشرة
قدم الاقوى فلو جرح الاول وحز الثانى الرقبة فالقود على الثانى فلو أنفذ الاول المقاتل ثم أجهز عليه آخر فالقصاص على الاول
خاصة بغير قسامة ويبالغ فى عقوبة الثانى * سحنون لو قطع أحدهم يده والآخر رجله وضرب الآخر عنقه قتل القاتل وقطع
القاطعان * ابن عرفة لو أنفذ أحدهما مقاتله وأجهز عليه الآخر فقال ابن القاسم فى سماع يحيى يقتل الاول ويعاقب الثانى وقال فى
سماع أبى زيد عكس ذلك قال ابن رشد قتل الاول أظهر ووجه القول الثانى هو الذى يقتل لانه حينئذ كان معدودا فى جملة الاحياء
يرث ويوصى وعن سحنون ان وصية من أنفذت مقاتله لا تجوز فعلى قوله لا يرث ولا يورث وقياس قول ابن القاسم يقتل به الاول
انه لا يرث ولا يورث وله فى سماع عيسى انه يرث ويورث فيتحصل فى هذه المسئلة ثلاثة أقوال ثالثها التفرقة بين القصاص والموارثة
وهى أحسن الاقوال (ولا يسقط القتل عند المساواة بزوالها بعتق أو اسلام وضمن وقت الاصابة والموت) ابن الحاجب اذا صادف
القتل تكافؤ الدماء لم يسقط بزواله كالكافر يسلم والعبد يعتق فلو زال بين حصول الموجب ووصول الاثر كعتق أحدهما أو
اسلامه بعد الرمى وقبل الاصابة وبعد الجرح وقبل الموت فقال ابن القاسم المعتبر فى الضمان وقت الاصابة وحال الموت كما لو رمى
صيدا ثم أحرم ثم أصابه فعليه جزاؤه اه وقد تقدم قوله لا زائد حرية أو اسلام حين القتل وقوله مكافئ معصوم
للتلف والاصابة وأجلت الكلام على الفرعين الى التكلم على هذا الفرع وقد عقد ابن شاس فى هذه المسئلة فصلا فقال فصل فى تغيير الحال من الرمى والجرح وبين الجرح والموت وقال ابن عرفة
نفى التكافؤ أثر القتل لغو قال ابن القاسم ان أسلم النصرانى بعد قتله نصرانيا قتل به فان لم يكن للقاتل ولى فالعفو عنه أحب الى
* ابن رشد استحب العفو عنه لحرمة الاسلام بخلاف المسلم يقتل مسلما لا ولى له الا المسلمون لا يجوز عفو الامام عنه مجانا لانه
ناظر للمسلمين فهو كالوصى على الصغير لا يجوز عفوه مجانا ويجوز عفوه نظر اليتيم * ابن يونس قال مالك اذا جرح النصرانى
أو العبد المسلم ثم أسلم هذا وعتق هذا وقال كل واحد منهما دمى عند فلان فان كان للنصرانى أولياء مسلمون أو للعبد أولياء أحرار
أقسموا مع قوله واستحقوا الدية فى مال الجانى ولا قود فيه * ابن عرفة قال ابن القاسم ان أسلم نصرانى بعد أن جرح فمات ففيه
دية حر مسلم فى مال الجانى حالة * أشهب انما عليه دية نصرانى انما النظر لوقت الضربة لا للموت ألا ترى لو قطع مسلم يد مسلم ثم ارتد
المقطوعة يده فمات مرتدا أو قتل ان القصاص فى قطع اليد ثابت على الجانى انتهى أنظر قول ابن القاسم لم يجعل حكمه حكم المسلم
فيكون فيه القود ولم يجعل حكمه حكم نصرانى فيكون عليه دية نصرانى فانظره مع قولهم وضمن وقت الموت ثم نقل ابن عرفة
فروعا ثم قال لو جرح مسلم مسلما فارتد المجروح ثم نزا به فمات فاجتمع الناس على أن لا قود فيه لانه صار الى ما أحل دمه * ابن
عرفة وقد تقدم لاشهب أن القصاص فى الجرح ثابت وانظر لو رمى عبد رجلا بسهم فعتق قبل وصول السهم قال ابن شاس الاعتبار
عند ابن القاسم بحال الاصابة قال الاستاذ أبو بكر فعلى هذا الدية على عاقلته وقال سحنون الجناية فى رقبته لانه عبد حين الرمية
فجعل الحكم بخروج الرمية وانظر عكس هذا لو رمى حر عبدا فعتق قبل الاصابة تجب دية حر على قول ابن القاسم وعلى الاصل الثانى
قيمة عبد من ابن شاس وانظر لو رمى مسلم مرتدا فأسلم قبل وصول الرمية فقتله أو جرحه فعليه فى قول ابن القاسم ان مات الدية حالة فى
ماله وان لم يمت فدية الجرح فى ماله وعلى قول سحنون وأشهب لا قصاص على الرامى لانه رمى فى وقت لا قود فيه ولا عقل وانظر

ابن عبد السلام اذا جمح فرسهما ولم يقدرا على صرفهما لم يضمنا ما يريد لقولها فى الديات ان
جمحت دابة براكبها فوطئت انسانا فانه يضمن وبقولها فى الرواحل ان كان فى رأس الفرس
اعتزام فحمل بصاحبه فصدم فراكبه ضامن لان سبب فعله جمحه من راكبه وفعله به الا أن يكون
انما نفر من شئ مر به فى الطريق من غير سبب راكبه فلا ضمان عليه وان فعل به غيره ما جمح به
فذلك على الفاعل والسفينة فى الريح هى الغالبة فهذا هو الفرق بينهما (قلت) فهذا كالنص على أن
ما تلف بسبب الجموح فهو من راكبه مطلقا الا أن يعلم انه من غير خلاف قول ابن عبد السلام
ما تلف بالجموح ولم يقدر على صرفه لا ضمان فيه فتأمله انتهى وهو ظاهر ص ﴿ وضمن وقت
الاصابة والموت ﴾ ش يعنى انه اذا زال التكافؤ بين حصول الموجب الذى هو السبب ووصول

لو رمى عبد نفسه ثم أعتقه قبل اصابته على قول ابن القاسم الدية عليه وعلى قول غيره لاشئ عليه وانظر اذا رمى مرتدا ثم أسلم ثم أصاب سهمه رجلا خطأ فقال سحنون انا وان كنت أعتبر وقت الرمى فأقول فى هذه الدية على العاقلة وان كان ليس من أهل العاقلة وقت الرمى إذ لا عاقلة للمرتد فانما انظر الى الدية يوم تفرض على العاقلة وهاهنا لم يحكم فيها حتى أسلم وله وقت الاسلام عاقلة وقد قال أصحابنا أجمع ابن القاسم وغيره ان جنى خطأ ثم أسلم ان عاقلته تحمل ذلك فكذلك هذا عندهم وانظر لو رمى مسلم نصرانيا فأسلم قبل وصول الرمية لاقصاص فيه وفيه دية مسلم فى قول ابن القاسم وفى قول أشهب ديته دية نصرانى وانظر لو جنى مسلم على نصرانى فتمجس النصرانى ثم نزا فى جرحه فمات فعليه دية مجوسى فى قول ابن القاسم ودية نصرانى فى قول أشهب ولو كان مجوسيا ثم تهود فعلى قول ابن القاسم دية يهودى وقاله عبد الملك وعلى قول أشهب دية مجوسى (والجرح كالنفس فى الفعل والفاعل والمفعول الا ناقصا جرح كاملا) ابن شاس النظر فى القصاص فى نوعين فى النفس والطرف فتكلم على النفس ثم قال النوع الثانى فى القصاص فى الطرف وذلك فى شرط القطع والقاطع والمقطوع ماذكرنا فى شروط القتل والقاتل والمقتول قال الاستاذ أبو بكر وعقد الباب ان كل شخصين يجرى بينهما القصاص فى النفوس من الجانبين يجرى فى الاطراف قال فأما اذا كان أحدهما يقتص له من الآخر ولا يقتص لآخر منه فى النفس فقال مالك لا يقتص فى الاطراف وان كان يقتص منه فى النفس كالعبد يقتل الحر والكافر يقتل المسلم يقتلان ولو قطع العبد أو الكافر الحر المسلم لم يكن له أن يقتص منهما فى الاطراف وان فى ظاهر المذهب وقال ابن عرفة متعلق الجناية

الأثر أى السبب فقال ابن القاسم المعتبر فى الضمان أى ضمان دية الحر وقيمة العبد حال الاصابة وحال الموت أى حصول المسبب هذا لفظ التوضيح ويشير بقوله حال الاصابة والموت الى قول ابن الحاجب فلو زال بين حصول الموجب ووصول الأثر كعتق أحدهما أو اسلامه بعد الرمى وقبل الاصابة وبعد الجرح وقبل الموت فقال ابن القاسم المعتبر حال الاصابة وحال الموت كمن رمى صيدا ثم أحرم ثم أصابه فعليه الجزاء وقال أشهب وسحنون حال الرمى ثم رجع سحنون انتهى ففى الكلام لف ونشر لشئ مقدر فقوله حال الاصابة أى فى مسئلة ما اذا زال التكافؤ بين الرمى والاصابة وقوله والموت أى فى مسئلة ما اذا زال بين الجرح والموت (تنبيه) وهذا بالنسبة الى ضمان الدية والقيمة أما بالنسبة الى القصاص فيشترط دوام التكافؤ من حصول السبب الى حصول المسبب اتفاقا قال ابن الحاجب اثر كلامه المتقدم فأما القصاص فبالحالين معا قال المصنف فى التوضيح أى فيشترط دوام التكافؤ من حصول السبب الى حصول المسبب اتفاقا انتهى (قلت) ويفهم من كلام ابن الحاجب مسئلة أخرى وهى أن القصاص يشترط فيه حصول التكافؤ فى حال السبب والمسبب فيشترط فى القصاص فى الرمى أن يكون حرا من حين الرمى الى حين الاصابة فلو كان عبدا حين الرمى أو كان كافرا ثم عتق أو أسلم قبل الاصابة فلا قصاص عليه وبذلك صرح ابن الحاجب وهو فى سماع عيسى من كتاب الديات وليس فى كلام المصنف ما يشير الى هذا فتأمله ص ﴿الا ناقص جرح كاملا﴾ ش يعنى أن الناقص اذا جرح الكامل فانه لا يقتص من الناقص للكامل كما اذا جرح العبد الحر والكافر المسلم هذا هو المشهور فى المذهب الذى اقتصر عليه صاحب الرسالة وروى ابن القصار عن مالك وجوب القصاص قال ابن الحاجب وقيل انه الصحيح وروى انه يجتهد السلطان وروى انه يوقف وروى ان المسلم مخير فى القصاص والدية وخرجوها فى العبد وعلى المشهور فان برئ المجروح على غير شين فلا شئ فيه غير الأدب الا الجراح المقدرة وان برئ على شين فهو فى رقبة العبد وذمة النصرانى قال فى النوادر فى ترجمة القود بين الرجال والنساء والعبيد والاماء ومن كتاب ابن المواز قال مالك ليس له أى للمسلم الا الدية فى الجراح بينه وبين الكافر والعبد قال مالك واذا جرح الذمى أو العبد مسلما عمدا فبرئ بغير شين فليس عليه غير الأدب وان برئ على شين من جرح العبد فهو فى رقبته انتهى يريد فى غير الجراح المقدرة فان ديتها المقدرة تكون فى رقبته وقال فى أول كتاب جنايات العبيد من النوادر عن كتاب ابن المواز قال مالك وان جنى حر على عبد فينظر الى ما نقص يوم البرء أن لو كان هذا يوم الجناية لا يوم البرء مع الأدب يريد فى العمد ولو برئ على غير شين فلا شئ فيه غير الادب فى الحر والعبد اذ لا قصاص بين حر وعبد وان جنى عبد على حر نظر الى دية ذلك بعد البرء فى العمد والخطأ فيكون فى رقبة العبد الأن يفدى بذلك وفى العمد الأدب وان برئ الحر على غير شين فلا شئ فيه الا الأدب وان برئ على شين فذلك فى رقبة العبد

غير نفس وان أبانت بعض الجسم فقطع والافان أزالت اتصال عظم لم يبق فكسر فان أثرت فى الجسم فجرح والافاتلاف منفعة والقصاص فى الاطراف لافى النفس الافى جناية أدنى على أعلافلو قطع عبد أو كافر حرا مسلما فطرق الباجى مشهور مذهب مالك لاقصاص وتلزم الدية (وان تميزت جنايات بلاتمالؤ فمن كل كفعله) سحنون لو قطع أحدهم يده أنظره قبل هذا عند قوله وان تعدد المباشر (واقتص من موضحة أوضحت عظم الرأس والجبهة والخدين وان كابرة وسابقها من دامية وحارصة شقتا الجلد وسمحاق كشطبة وباضعة شقت اللحم ومتلاحمة غاصت فيه بتعدد وملطاة قربت للعظم) عبد الوهاب الجراح على ضربين ضرب تتأتى فيه المماثلة وهو الذى يجب فيه القصاص كالدامية ومابعدها الى الموضحة وقطع الاطراف وقلع العين وغير ذلك من الاعضاء وقال المتيطى كل هذه الشجاج المراد بها ما كان فى الرأس * ابن عرفة وفى الجراح ماقبل الهاشمة القود * ابن شاس ولاقصاص فيما بعد الموضحة * عياض أولاها الحارصة وهى ماحرص الجلد أى شقه وتسمى الدامية لأنها تدمى والدامعة لأن الدم يدمع منها وقيل الدامية أولى لأنها تخدش فتدمى ولاتشق الجلد ثم الخارصة لأنها شقت الجلد وقيل هى السمحاق كأنها جعلت الجلد كسماحيق السحاب ثم الدامعة لأن دمها كالدمع ثم الباضعة * ابن شاس وهى التى تبضع اللحم ثم المتلاحمة وهى التى تغوص فى اللحم غوصا بالغا وتقطعه فى عدة مواضع * عياض وهى التى أخذت فى اللحم فى غير موضع ثم الملطاة وهى ماقرب من العظم وبينها وبينه قليل من اللحم وقيل هى السمحاق ثم الموضحة وهى التى كشفت عن العظم ومن المدونة حد الموضحة ماأفضى الى العظم ولو بقدر ابرة وعظم الرأس محلها وحد ذلك منتهى الجمجمة وموضحة الخد كالجمجمة * ابن شاس الموضحة التى توضح العظم من الرأس والجبهة * عياض ثم الهاشمة ماهشمت العظم (كضربة السوط) من المدونة قال ابن القاسم فى ضربة السوط القود بخلاف اللطمة فلاقود فيها (وجراح الجسد وان منقلة) لو قال وان هاشمة لتنزل على مايتقرر وقد قال مالك الامر المجتمع عليه عندنا ان المنقلة لاتكون الافى الرأس والوجه * ابن (٢٤٦) الحاجب فى جراح الجسد من الهاشمة وغيرها القود بشرط ان لايعظم الخطر كعظام الصدر والعنق والصلب والفخذ ومن المدونة قال مالك فى عظام الجسد القود

انتهى ص * أوضحت عظم الرأس والجبهة * ش انظر أوائل كتاب الجراح من المدونة ص * بالمساحة *

كالهاشمة لا المجوف كالفخذ وشبهه وربيعة يرى القود فى كل جرح ولو كان متلفا قال مالك وان قطع بضعة من لحمه ففيها القود * ابن عرفة يريد بشرط المماثلة محلا وقدرا (بالمساحة) ابن حارث اتفقا فى جراح العمد فى الجسد ان القصاص منها على قدر الجرح فى طوله وعمقه فان كانت موضحة فى الرأس فقال ابن القاسم القود على قدر الموضحة (ان اتحد المحل) ابن الحاجب تشترط المماثلة فى المحل والقدر والصفة فلاتقطع اليمنى باليسرى ولا الثنائية بالرباعية وتتعين عند عدمه الدية * ابن رشد لاخلاف ان الانملة تقطع بالانملة كانت أطول أو أقصر وانما اختلف فى الجراح قال ابن القاسم قديما انما يقاد بقدر الجرح الاول وان أوعب رأس المستقاد منه يريد ولو لم يعب بالقياس فليس عليه غير ذلك * الباجى على قول ابن القاسم ان قصر رأس الجانى عن قدر الشق فليس عليه غير ذلك لايتعدى الرأس الى الجبهة ولا الذراع الى العضد ولاقود فى الباقى ولادية (كطبيب زاد عمدا والافالعقل) فى المدونة والمجموعة لابن القاسم مازاد الطبيب فى القود خطأ فعلى عاقلته * ابن عرفة مفهومه ان زاد عمدا فالقصاص وهو واضح من اطلاق الروايات (كيد شلاء عدمت النفع بصحيحة وبالعكس) ابن شاس لاتقطع الشلاء بالصحيحة ولاتقطع الصحيحة بالشلاء وان قنع بها الا أن يكون له بها انتفاع ولايضم اليها ارش وعبارة ابن يونس قال أشهب قال مالك أما ان كان فيها منفعة الا ان بها شللا بينا وهو ينتفع بها فرضى ان يستقيد من هذه الناقصة وله فيها استمتاع فذلك له لأنها تقطع فى السرقة وأما ان لم تكن فيها منفعة فليس ذلك له واليد الشلاء يقطعها رجل صحيح فلاقصاص فيها (وعين أعمى ولسان أبكم) ابن شاس الذكر المقطوع الحشفة والحدقة العمياء ولسان الابكم كاليد الشلاء (ومابعد الموضحة من منقلة أطارت فراش العظم من الدواء وآمة أفضت للدماغ ودامغة خرطت خريطته) قال عبد الوهاب من شرط القصاص ان يكون الجرح لايعظم الخطر فيه ولايغلب والخوف منه على النفس كالموضحة فماقبلها فان كان ممايغلب ويغلب خطره فلاقصاص وفيه الدية حالة فى مال الجانى وذلك كالمأمومة والجائفة والمنقلة على خلاف فيها خاصة ومن المدونة لاقود فى المنقلة والمأمومة والجائفة والمنقلة ماأطار فراش العظم وان صغر عياض المنقلة ما كسرت العظم فيفتقر الى اخراج بعض عظامها لاصلاحها وقد تقدم عند قولها وان منقلة انها لاتكون الافى الرأس والمأمومة هى التى أفضت

ش بكسر الميم قاله في القاموس ص ﴿ كلطمة ﴾ ش يعني انه لا قصاص في اللطمة باليد وانما فيها الادب كما يفهم من قوله وعمده كالخطأ الا في الأدب فانه يعود الى جميع ما تقدم قال في كتاب الديات من المدونة قبل ترجمة الغيلة وان قطع بضعة من لحمه ففيها القصاص مالك ولا قود في اللطمة قال الشيخ أبو الحسن لانها عنده لا تنضبط وفيها عنده تفاوت كثير وفيها الادب انتهى وكذلك الضربة بالعصا على المشهور وهذا اذا لم يكن عن ذلك جرح والا فانه يقتص منه كما صرح بذلك في النوادر في ترجمة ذكر ما لا قود فيه من اللطمة والضربة وذكره أيضا في آخر الترجمة التي قبلها وقال في المدونة قال ابن القاسم وفي ضربة السوط القود قال سحنون وروى عن مالك انه لا قود فيه كاللطمة وفيه الأدب انتهى قال ابن عرفة عن الشيخ عن أشهب انه لا قود في اللطمة ولا في الضربة بالسوط والعصا أو بشئ من الاشياء الا أن يكون جرح انتهى ص ﴿ وشفر عين وحاجب ولحية ﴾ ش قال في المدونة في كتاب الجراح وليس في جفون العين وأشفارها الا الاجتهاد وفي حلق الرأس اذا لم ينبت الا الاجتهاد وكذلك اللحية وليس في عمد ذلك قصاص وكذلك الحاجبان اذا لم ينبتا الا الاجتهاد ص ﴿ وعمده كالخطأ الا في الادب ﴾ ش قال في كتاب الجراح من المدونة وفي كل عمد القصاص مع الأدب قال أبو الحسن الصغير قال أبو عمران ان اقتص منه فأدبه دون أدب من لم يقتص منه وقال في العتبية في سماع ابن القاسم سئل مالك عن الذي يقتص منه هل عليه عقوبة قال نعم قال ابن رشد قد قيل انه لا عقوبة عليه مع القصاص لقوله تعالى والجروح قصاص وهو الاظهر ووجه قول مالك في ايجاب الادب مع القصاص وهو الردع والزجر ليتناهى الناس انتهى فعلم من هذا أن وجوب الادب مع القصاص هو قول مالك وأما القول الذي حكاه ابن رشد بقيل وقال انه الاظهر فلم أقف عليه في المذهب وكلامه في المقدمات يدل على انه ليس في المذهب قال في المقدمات و يجب على الجارح مع القصاص الادب على مذهب مالك لجرءته وقال عطاء بن أبي رباح الجروح قصاص ليس للامام أن يضربه ولا أن يسجنه وانما هو القصاص فعلم ان القول الثاني الذي حكاه بقيل انما هو قول عطاء بن أبي رباح واختاره ابن رشد والله أعلم ص ﴿ الا أن يعظم الخطر في غيرها كعظم الصدر ﴾ ش لما ان أخرج الجراح التي لا قصاص فيها لانها متالف وفهم من ذلك ان ما عداها من الجراح فيه القصاص ذكر ان شرط القصاص فيها أن لا يعظم الخطر في ذلك الجرح والكسر كعظم الصدر وجزم هنا تبعا لمن تقدمه كابن الحاجب ورد في المدونة الامر في ذلك لاهل المعرفة وكذلك في الضلع قال في كتاب الجراح من المدونة والصلب اذا كسر خطأ و برئ وعاد لهيئته فلا شئ فيه وكذلك كل كسر يعود لهيئته لا شئ فيه الا أن يكون عمدا يستطاع فيه القصاص فانه يقتص منه وان كان عظما الا في المأمومة والجائفة والمنقلة وما لا يستطاع ان يقتص منه فليس في عمد ذلك الا الدية مع الأدب قال مالك وفي عظام الجسد القود من الهاشمة وغيرها الا ما كان مخوفا مثل الفخذ وشبهه فلا قود فيه قال ابن القاسم وان كانت الهاشمة في الرأس فلا قود فيه لاني لا أجد هاشمة في الرأس الا كانت منقلة ولا قصاص في الصلب والفخذ وعظام العنق وفي كسر أحد الزندين وهما قصبتا اليد القصاص وان كانت خطأ فلا شئ فيه الا ان يبرأ على عثم فيكون فيه الاجتهاد وفي كسر الذراعين والعضدين والساقين والقدمين والكفين والاصابع القصاص وفي كسر الضلع الاجتهاد اذا برئ على عثم وان برئ على غير عثم فلا شئ فيه وان كسرت عمدا فهي كعظام الصدر ان كان مخوفا كالفخذ فلا شئ فيه وان كان مثل اليد والساق ففيه القصاص وفي الترقوة اذا كسرت

الآمة * ابن شاس وهي البالغة الى أم الرأس والدامغة الخارقة لخريطة الدماغ (كلطمة وشفر عين وحاجب ولحية وعمده كالخطأ الا في الادب) من المدونة لا قود في اللطمة قال وليس في جفون العين وأشفارها الا الاجتهاد * الباجي ومن نتف لحية رجل أو رأسه أو شاربه فقال ابن القاسم فيه الادب قال المغيرة ولا قصاص فيه * ابن الحاجب لا قصاص في اللحية وأشفار العين وهو كالخطأ الا الادب (ولا ان يعظم الخطر في غيرها كعظم الصدر) وانظر عند قوله وجراح الجسد وقال ابن شاس و بالجملة فلا قصاص في شئ مما يعظم الخطر فيه كائنا ما كان (وفيها أخاف في رض الانثيين ان يتلف) من المدونة قيل فان أخرج الانثيين أو رضهما عمدا قال قال مالك فيهما القصاص ولا أدري ما قوله في الرض الا اني أخاف انه متلف فان كان متلفا فلا قود وكذلك كل متلف * أشهب ان قطعتا أو أخرجتا ففيهما القود لا في رضهما لانه متلف

عمـدا القصاص لان أمرها يسير لايخاف منـه وان كسرت خطأ ففيه الاجتهاد وان برئ على عثم والافلاشئ فيـه وكذلك اليد والرجـل و جميع عظام الجسـد اذا كسرت خطأ فبرئت على غير عثم فلاشئ فيـه انتهى لـكن بقى على المصنف ان يعـد فى الجراح التى لاقصاص فيها الجائفـة كما نص على ذلك فى المـدوّنة وغـيرها والله أعلم قال أبو الحسن شك فى عظام الصـدر والضلع فرد ذلك الى أهل المعرفة انتهى يعنى به كونه رد ذلك الى الاجتهاد وقال فى النوادر فى ترجمة ما يكون فيـه القصاص ومالا يكون فيـه عن كتاب ابن المواز قال ففى الترقوة والضلع القصاص قيل فيسقط القود فى شئ من كسر العظام قال امافى مثل عظام الصدر فلا أرى فيـه القصاص وقد قال أشهب لاقصاص فيـه لانه متلف وقال أشهب يسـأل عنه أهـل المعرفة وعن الضلع فان كانا غير مخوفين اقتص فيهما قال أشهب قال مالك وفى احـدى قصبتى اليد القصاص ان استطيـع ذلك وقال ابن القاسم وأشهب فى المجموعـة فيـه القصاص قال أشهب فى الـكتابين وكذلك اذا كسرتا جميعا قال ابن المواز واجتمعا انه لاقصاص فى عظام العنـق والفخذ والصلب وشبه ذلك من المتالف فى العظام وفيه العقل بقدر الشين الا الصلب ففيه الدية ولاشئ فى شينه الا أن يكون انحنى وهو مع ذلك يقوم ففيه من الدية بحساب ذلك وفى كسر الفخذ حكومة بقدر الشين وقـد يبلغ ذلك أكثر من الدية الا أن يكون أشل رجله فلا يقدر أن يمشى بها على الارض ففيه دية الرجل كاملة أو يشبه بما ينقص مشيه فله من الدية بقـدر مانقص منها وقال ابن القاسم عن مالك وفى الظفر القصاص ان استطيع منه القود ابن المواز اختلف فيه قول مالك وهذا أحب الينا قال ابن عبدوس ينبغى أن يكون الظفر كسن الصبى لانه ينبت انتهى وقال ابن الحاجب ولو برئ العظم الخطر على غير عثم فـكالخطأ فلاشئ فيـه سوى الأدب فى العمد بخـلاف العمد فى غيره فانه يقاد منـه وان برئ على غير عثم انتهى قال فى التوضيح يعنى ان مالاقصاص فيه لخطره لو برئ على غير عيب فلاشئ فيـه أما القصاص فلانهـا مخـوفة وأما العـوض فلان الشرع لم يسم نعم يؤدب القـاضى المتعـمد انتهى (فائدة) قال عياض العثم والعثـل بالميم واللام معا والعـين المهملة المفتوحة والثاء المثلثة مفتوحـة مع اللام وساكنة مع الميم وكلاهما بمعنى وهو الاثر والشين انتهى من التنبيهات وقال أبو الحسن الضلع بالضاد المعجمة مكسورة وفتح اللام والترقوة بفتح التاء وضم القاف غير مهموز أعلى الصدر المتصل بالعنق والزند بفتح الزاى و بالنون انتهى ص ﴿وان ذهب كبصر بجرح اقتص منه فان حصل أو زاد والافدية مالم يذهب﴾ ش أى وان جرح شخص شخصا جرح فيه القصاص وذهب بسـبب ذلك الجرح شئ آخر كبصر أوسمع أوشم أوذوق أوعقـل اقتص من الجانى لذلك الجرح فان حصل فيـه مثل ماحصل فى المجنى عليـه من ذهاب العقل أوالسمع أوالبصر أوغير ذلك أو زاد فقد حصل المطلوب فان لم يحصل فيه مثل ماحصل فى المجنى عليه فانه يكون على الجانى دية ذلك ولم يبن المصنف هل الدية فى ماله أوعلى عاقلته وفى ذلك قولان ذكرهما ابن الحاجب وغيره فذهب ابن القاسم ان الدية فى ماله وقال أشهب على عاقلته ص ﴿وان ذهب والعين قائمة فان استطيع كذلك والافالعقل كأن شلت يده بضربة﴾ ش يعنى فان استطيع أن يقتص منه وعينه قائمـة

(وان ذهب كبصر بجرح أقتص منه فان حصل أو زادوالافدية مالم يذهب وان ذهب والعين قائمة فان استطيع كذلك والافالعقل كان شلت يده بضربة) ابن الحاجب ان ذهب كسمع و بصر بسراية مافيه القصاص كموضحة اقتص له منها فان ذهب منـه استوفى والافعليـه دية مالم يذهب قال ابن القاسم فى ماله ومن المدونة ان أوضحه موضحة عمـدا فذهب بهـا سمعه أقيد من الموضحة بعد البرء فان برئ الجانى ولم يذهب سمعه وعقله بذلك كان فى ماله ديتان دية سمع ودية عقل وقد يجتمع فى ضربة واحدة قود وعقـل ومن المدونة أيضا ان انخسفت العين أوابيضت أوذهب بصرها وهى قائمة خطأ ففيها الدية وان كان عمدا فخسفها خسفت عينـه وان لم تخسف و بقيت قائمة وذهب بصرها فان اسـتطيع القود أقيد منه والافالعقل ومن ضـ ب يد رجل فشلت ضرب الضارب كما ضرب فان شلت يده والافعقلها فى ماله ابن يونس وقال أشـهب هـذا ان كانت الضربة بجرح فيه القود ولو ضربه على رأسه بعصا فشلت يده فلاقود وعليه دية اليـد ابن عرفـة الاظهـر انه تقييـد (ولو قطعت يد قاطـع بسماوى أوسرقة أو قصاص أو غيره فلاشئ للمجنى عليه) من المدوّنة ان ذهبت يمين من قطع يمين رجـل بأمر من الله أو بقطع سرقة أوقصاص فلاشئ للمقطوع من يمينه ولو فقأ عين جمـاعة اليمنى وقتا بعد وقت ثم قاموا فلتفقأ عينـه لجميعهم وكذا اليـد والرجل ومن قتل رجلا عمدا ثم رجلا آخر قتل ولاشئ عليه لهم وقد

تقدم ان للمقطوعة يده أن يقتص من قاطع قاطعه فى العمد و ياخذ منه الدية فى الخطأ (وان قطع أقطع الكف من المرفق فللمجنى عليه القصاص أو الدية) من المدونة ان قطع أقطع الكف اليمنى يمين رجل صحيح من المرفق فللمجنى عليه العقل أو قطع الذراع الناقصة من المرفق (كمقطوع الحشفة) ابن الحاجب الذكر المقطوع الحشفة كالاقطع الكف ابن عرفة هذا تشبيه صحيح (وتقطع اليد الناقصة أصبعا بالكاملة بلا غرم) من المدونة من سرق وقد ذهب من يمين يده أصبع قطعت يمينه كما لو قطع يمين رجل وابهام يده مقطوعة ان يده تقطع ابن رشد ان لم ينقطع من أصابع الجانى الا أصبع واحدة فليس للمجنى عليه الا القود ولا يغرمه عقل أصبعه الناقصة لم يختلف فيه قول ابن القاسم (وخير ان نقصت أكثر فيه وفى الدية) ابن شاس ان نقصت يد الجانى أكثر من أصبع فقال مالك وابن القاسم المجنى عليه بالخيار فى أن يأخذ العقل تاما أو يقتص وقال ابن رشد عن هذا انه مذهب المدونة (وان نقصت يد المجنى عليه فالقود ولو ابهاما) ابن رشد رواية ابن القاسم فى المدونة وسماع يحيى لو كان نقص الاصبع من يد المجنى عليه استحق القود دون غرم عليه ابن شاس ان كانت يد المجنى عليه هى الناقصة فان كان النقص أصبعا واحدا ولو ابهاما فقال مالك وابن القاسم يقتص كانت الابهام أو غيرها انظر قبل هذا عند قوله وتقطع اليد الناقصة (لا أكثر) ابن راشد ان كانت يد المجنى عليه ناقصة أصبعين فاكثر فلا قود على الجانى انما له عقل أصابعه الا أن لا يبقى له الا أصبع واحدة فقيل يكون له مع عقلها حكومة فى الكف وهو قول المدونة (ولا يجوز بكوع لذى مرفق وان رضيا) ابن الحاجب لو قطع من المرفق لم يجز من الكوع ولو رضيا ابن عرفة قال هذا الاخوان وأصبغ وقبله الشيخ وغيره وفيه نظر من وجهين الاول الدليل العام وهو الاجماع على وجوب ارتكاب أخف الضررين وبدليل من ذهبت بعض كفه بريشة نخاف (١٤٩) على مابقى منها فقيل له قطع يدك من المفصل قال ابن رشد اذا لم يخف اذا لم يقطع يده من المفصل الاعلى مابقى منها لم يجز قطعها من المفصل وانظر أيضا مما يرشح مأخذ الامام ابن عرفة ان عفا المجروح عن نصف الجرح والمجموعة والعتبية عن سحنون ان أمكن القود من نصفه أقيد منه (وتؤخذ العين السالمة بالضعيفة خلقة أو من كبر) قال ابن شاس اما العين الضعيفة فتؤخذ بها العين السليمة اذا كان الضعف من أصل الخلقة أو من كبر (ولجدرى أو لكرمية فالقود ان تعمده والا فبحسابه) انظر بعد هذا عند قوله وكذا المجنى عليها ابن شاس وأما ان كان الضعف من جدرى أو رمية أو قدحة سواء أخذ صاحبها لها عقلا أم لا فلا قود فيها انتهى وسيأتى عند قوله وكذا المجنى عليها ان ضعف العين ان كان بجناية خطأ أخذ فيها عقلا ثم أصيبت بعد ذلك خطأ انه يأخذ على حساب مابقى وان أصيبت عمدا ففيها القصاص وعبارة ابن الحاجب وتؤخذ العين السليمة بالضعيفة خلقة أو من كبر فان كان من جدرى أو رمية أو شبهها فلا قود وقال ابن القاسم أو كان ينظر بها ثم أصيب عمدا فالقصاص بخلاف الخطأ (وان فقأ سالم العين أعور فله القود أو أخذ دية كاملة من ماله وان فقأ أعور من سالم مماثلته فله القصاص أو دية ماترك) قال ابن الحاجب لو فقأ صحيح العين عين الاعور فقال مالك ان شاء اقتص وان شاء أخذ ديتها ألف دينار ولو فقأ الاعور من ذى عينين التى مثلها فان شاء اقتص وان شاء أخذ ألف دينار دية ماترك اليه رجع وعبارة المدونة قال مالك ان فقأ الاعور عين الصحيح التى مثلها باقية للاعور فله أن يقتص وان أحب فله دية عينه ثم رجع فقال ان أحب أن يقتص اقتص وان أحب فله دية عين الاعور ألف دينار وهذا أعجب الى (وغيرها فنصف دية فقط فى ماله) ابن شاس ان فقأ صاحب العين الواحدة عين الصحيح المعدومة فليس عليه الا خمسمائة دينار وعبارة ابن الحاجب لو فقأ التى لا مثل لها فنصف دية فقط له فى ماله (وان فقأ عينى السالم فالقود ونصف الدية) ابن الحاجب لو فقأ الأعور عينى الصحيح فالقود ونصف الدية (وان قلعت سن فثبتت فالقود وفى الخطأ دية الخطأ) من المدونة من طرحت سنه عمدا فردها فثبتت فله القود فيها والاذن كذلك ولو رد السن فى الخطأ فثبتت كان له العقل قال المتيطى هذا قول مالك وابن القاسم وقال أشهب والمغيرة ان كان عمدا

فعل قال فى مختصر الوقار فاذا ضربت العين فأقيمت وذهب بصرها و بقى جمالها ففيها عقلها خمسمائة ولا قود فيها وان أتى ذلك منها عمدا لانه لا يصل الى القود الا بذلك وكذلك اليد اذا شلت ولم تبن وكذلك اللسان اذا خرس ولم يقطع هذه سبيل كل ماذهبت منفعته ولم يبن عن جسمان المجنى عليه و بقى جماله وان كان معينا ففيه عقله كاملا ولا قود فيه أوان كان عمدا و يؤدب الجانى مع أخذ العقل منه واذا ضرب رجل عين رجل فأدمعها أو ضرب سنه فحركها أو ضرب يده فاوهنها استؤنى بجميع ذلك سنة فا آل اليه أمر العين والسن واليد بعد السنة حكم بذلك للمجنى عليه بعد

قالقود وان كان خطأ فلا عقل و يعقد فى ذلك أشهد القاضى أبو فلان ثم مضى فى العقد الى ان قال فشاور وامن وجبت مشورته فقالوا لا عقل فى هذا وهو أخير القولين فأخذ القاضى بذلك (والاستيفاء للعاصب) ابن شاس الفن الثانى فى حكم القصاص الواجب وفيه بابان الأول فى الاستيفاء وفيه ثلاثة فصول فيمن له ولاية الاستيفاء وفى تأخير القصاص وفى كيفية المماثلة الباب الثانى فى العفو قال ابن الحاجب ولاية الاستيفاء لاقرب الورثة العصبة الذكور (كالولاء الا الجد والاخوة فسيان) ابن عرفة الاحق بالدم حصله ابن رشد بانه ذو تعصيب كالاخصية فى ولاية النكاح والجنائز والولاء عند ابن القاسم الا أنه جعل الجد كالاخوة (و يحلف الثلث وهل الا فى العمد فكاخ تأويلان) أنظر هذين التأويلين هل هما على غير المدونة من النكت اعلم انه اذا كان جد وعشرة اخوة ففى الخطأ يحلف الجد من أيمان القسامة ثلثها لان ميراثه الثلث لا ينقص منه فى كثرة الاخوة وأما فى العمد فيحلفون كلهم بالسواء ولا يحلف الجد ثلث الايمان فاعلم ان العمد والخطأ مفترق فى ذلك هكذا قال بعض شيوخ بلدنا وحكى ابن المواز عن ابن القاسم خلاف هذا وقال ابن رشد ان كان الاولياء اخوة وجدا فان ابن القاسم قال ان الجد كالأخ من الاخوة فى العفو من عفا منهم جاز عفوه الجد كان أو أخا من الاخوة وقال ان الجد يحلف ثلث الايمان فى العمد والخطأ فأما فى الخطأ فصواب واما فى العمد فكان القياس على مذهبه أن تقسم الايمان بينهم على عددهم اذ انزله بمنزلة أخ من الاخوة (وانتظر غائب لم تبعد غيبته) من المدونة ان غاب أحد الوليين والقتل بغير قسامة فانما للحاضر العفو و يكون للغائب حظه من الدية ولا قتل للحاضر حتى يحضر الغائب و يسجن القاتل حتى يقدم الغائب و يكتب له ولا يكفل القاتل اذ لا كفالة فى الحدود والقصاص * ابن يونس الا البعيد الغيبة فلمن حضر القتل

السنة انتهى ص * والاستيفاء للعاصب * ش قال اللخمى اذا اجتمع فى القيام بالدم نسب وولاء كان النسب المبدأ فى القيام والعفو وان لم يكن ذو نسب فالمولى الاعلى فان لم يكن مولى أعلا فالسلطان ولا شئ للمولى الاسفل انتهى وقال قبله وان لم يكن الا رجل من الفخذ أو القبيل ولا يعرف قعدده من الميت ولا من يكون له ميراثه لم يكن له قيام بالدم انتهى وقال ابن سلمون فان لم يكن أولياء فهل للسلطان ما للاولياء من العفو أو القصاص قال ابن الحاج فى مسائله الذى يقتضيه الواجب انه لا نظر للسلطان فى العفو عنه وكذلك ظهر لابن رشد انظرها فى سماع يحيى من الديات انتهى والذى فى سماع يحيى فى المسلم يقتل المسلم عمدا ولا ولى له الا المسلمون انه لا ينبغى للامام أن يهدر دم المسلم ولكن يستقيد منه فان قتل نصرانى نصرانيا ثم أسلم القاتل والولى للمقتول المسلمون فان العفو فى مثل هذا أحب الى وانظرها فى أول سماع يحيى من الديات وانظر بقية كلام ابن رشد عليها وتقدم شئ من هذا عن المجموعة عند قول المصنف حين القتل (فرع) قال فى مختصر الوقار واذا أقر رجل انه قتل عمدا ولم يعرف المقتول ولم يوجد له أولياء يقومون بدمه سجنه الحاكم ولم يقتله فلعل له وليا يعفو عن دمه انتهى وانظر ابن سلمون ص * وانتظر غائب لم تبعد غيبته * ش يعنى انه اذا كان للمقتول وليان أحدهما غائب والآخر حاضر فليس للحاضر أن يستبد بالقتل قبل أن يعلم رأى الغائب الا أن يكون الغائب بعيد الغيبة فانه لا ينتظر وظاهر المدونة أن الغائب ينتظر وان بعدت غيبته قال فى كتاب الديات من المدونة واذا كان القتل بغير قسامة وللمقتول وليان أحدهما حاضر والآخر غائب فانما للحاضر أن يعفو فيجوز العفو على الغائب وتكون له حصته من الدية فليس له أن يقتل حتى يحضر الغائب حملها ابن رشد على ظاهرها كما ذكره فى سماع يحيى من كتاب الديات وكذلك ذكر ابن عرفة عن تعليقة أبى عمران عن ابن أبى زيد ان ظاهر المدونة ينتظر وان بعدت غيبته وقيد ابن يونس المدونة بما اذا لم تبعد غيبته قال قال سحنون فيمن بعد جدا أو أيس منه كالاسير ونحوه قال ابن عرفة فى النوادر عن المجموعة قال ابن القاسم ينتظر الغائب الا أن يكون بعيد الغيبة فلمن حضر القتل ثم ذكر كلام سحنون قال ابن عرفة فحذف الصقلى قول ابن القاسم قصور انتهى فعلم من كلام ابن عرفة أن ابن القاسم لم يقيد الغيبة بالبعد جدا و يفهم منه ان كلام سحنون خلاف قول ابن القاسم فلذلك لم يقيد المصنف الغيبة بالبعد جدا كقول سحنون وكما هو ظاهر كلام ابن الحاجب وعلم من كلام المصنف انه لم

لامطبق) من المدونة ان كان أحد الوليين مجنونا أومطبقا فللآخر أن يقتل وان كان فى الأولياء مغمى عليه أومبرسم انتظر افاقته لان هذا مرض (وصغير لم يتوقف الثبوت عليه) من المدونة ان كان أولاد المقتول صغارا وكبارا فان كان الكبار اثنين فصاعدا فلهم أن يقسموا ويقتلوا ولا ينتظر بلوغ الصغار وان عفا بعضهم فللباقين منهم وللاصاغر حظهم من الدية لم يكن الاولد صغير وكبير فان وجد الكبير رجلا من ولاة الدم يحلف معه وان لم يكن ممن له العفو وحلفا خمسين يمينا ثم للكبير أن يقتل وان لم يجد من يحلف معه حلف خمسا وعشرين يمينا واستؤنى بالصغار فاذا بلغ حلف أيضا خمسا وعشرين يمينا ثم استحق الدم وان كان القتل بغير قسامة وللمقتول وليان أحدهما مجنون مطبق فللآخر أن يقتل وهذا يدل على ان الصغير لا ينتظر (وللنساء ان ورثن) اللخمى معروف قول مالك ان للنساء حقا فى الدم ابن رشد أما من يرثه منهن كالاخوات والأمهات فلهن حق فيه وأما من لا يرث منهن كالعمات وبنات الاخوة فلا حق لهن فيه (٢٥١) انتهى أنظر الجدات لا مدخل لهن فى عفو ولا قصاص أنظر أيضا الزوجات فانهن أيضا لا مدخل لهن فى الدم بحال وكذلك الزوج وانظر قول خليل ان ورثن وقول ابن رشد أما من يرث كالبنات (ولم يساوهن عاصب) محمد ان استووا كالبنين والبنات والاخوة مع الاخوات فلا قول للاناث مع الذكور (ولكل القتل ولا عفو الا باجتماعهم) أنظر هل يعنى بهذا العصبة مع من يرث من النساء أما البنات مع العصبة فقال ابن رشد ان كان الاولياء بنات واخوة فثالث الأقوال مذهب المدونة ان الاحق بالقود من قام به ولا عفو الا باجتماعهم وسواء ثبت الدم بغير قسامة أو بقسامة وأما الاخوات مع العصبة فنص ابن رشد ان حكمهم أيضا كحكم البنات مع الاخوة فقال ابن عرفة ويريد باجتماعهم اجتماع بعض الصنفين لقول المدونة ان عفا بعض البنات وبعض العصبة أو بعض الاخوات وبعض العصبة فلا سبيل للقتل ويقضى لمن بقى بالدية وأما الام مع العصبة فقد نص الجلاب أن حكمها حكم البنات مع العصبة قال وفى ذلك ثلاث روايات (كان حزن الميراث وثبت بقسامة) ابن رشد ان كان مع البنات والاخوات عصبة وثبت الدم ببينة فالعصبة لغو وان ثبت بقسامة فقد ذهب ابن القاسم فى المدونة الى أن من قام بالقود من امرأة أو رجل فهو أحق وانظر حكم الام مع الأخوات أو البنات فقال اللخمى اتفق ابن القاسم وأشهب على تقديم الأم على الأخوات واختلف فى الام مع البنات وروى ابن القاسم لا تسقط الام الا مع الاب والولد الذكر فقط فعليه لا يصح عفو الا باجتماعهما مع البنات انتهى وانظر الاب مع البنات ثالث الاقوال قول وقف عفوه على موافقتهن وانظر حكم الاخ للاب مع الشقيقة نص فى المدونة أنه مثل الاخت مع العاصب ابن عرفة وقولهم الاحق بالدم كالولاء يقتضى تقديم الشقيق على الاخ للاب (والوارث كموروثه) ابن عرفة وارث مستحق الدم مثله فى القتل والعفو

ترتض حمل المدونة على ظاهرها كما قال ابن رشد وقال فى الشامل وفيها انتظار الغائب ان قربت غيبته وهو الأصح أومطلقا أو يلان وكتب اليه ان أمكن فان أيس منه لم ينتظر كأسير وشبهه انتهى (تنبيهات * الاول) اذا قلنا ينتظر فان القاتل يحبس قال فى المدونة اثر الكلام السابق ويحبس القاتل حتى يقدم الغائب ولا يكفل اذ لا كفالة فى النفس ولا فيما دون النفس من القصاص انتهى (الثانى)ظاهر كلام ابن عرفة والبرزلى ان مثل هذا يحبس ويقيد بالحديد أنظر كلامهما (الثالث) هذا ظاهر اذا كان للقاتل مال يأكل منه أو أجرى له من بيت المال ما يأكل منه أو التزم ذلك أحد واذا لم يكن له شئ من ذلك فانظر كيف يعمل فيه هل يطلق من السجن وهو الظاهر اذ يبعد أن يقول أحد انه يخلد فى السجن حتى يموت جوعا فتأمله (الرابع) هذا الخلاف الذى ذكرناه فى انتظار الغائب البعيد الغيبة انما هو حيث تتعدد أولياء الدم وكان بعضهم حاضرا وأما ان لم يكن الاولى واحد وهو غائب أو غاب جميع الأولياء فالظاهر انهم ينتظرون مطلقا ولو بعدت غيبتهم ويشهد لذلك الفرع المنقول عن مختصر الوقار فى القولة التى قبل هذه لكن مع وجود النفقة على القاتل هذا الذى ظهر لى ولم أر فى المسئلة المذكورة نصا بعد البحث عليها فى المدونة وأبى الحسن والرجراجى والنوادر والبيان والتوضيح وابن عبد السلام والشامل وبهرام الكبير والمقدمات والذخيرة وغيرها والله أعلم ص ﴿ لامطبق وصغير ﴾ ش قال ابن عرفة وفيها ان كان أحد الوليين مجنونا مطبقا فللآخر أن يقتل وهذا يدل على ان الصغير لا ينتظر وان كان فى الاولياء مغمى عليه أو مبرسم انتظر افاقته لان هذا مرض ابن رشد القياس قول من قال ينتظر وافتى

(وللصغيران عفا كبير نصيبه من الدية) ابن عرفة لو كان فى الاولياء صغير لا ولى له ففى المدونة للاولياء الاستقلال

بالقتل دون الصغير ابن الحاجب فلو عفوا فللصغير نصيبه من دية عمد (ولوليه النظر فى القتل أو الدية كاملة) من المدونة من وجب لابنه الصغير دم عمدا وخطأ لم يجز له العفو الا على الدية لا أقل منها (كقطع يده) ابن الحاجب اذا قطعت يد الصبى عمدا فللاب أو الوصى النظر لا لغيرهما (الا لعسر فيجوز بأقل) سمع أبو زيد ابن القاسم ان لم يترك القتيل الا ولدا صغيرا ولا ولى له الا السلطان أقام له وليا يكون كالوصى والولى ينظر له بالقتل والعفو على الدية لا على أقل منها ان كان مليا بها وان عجز عنها جاز على ما يرى على وجه النظر فان صالح باقل منها والقاتل ملىء لم يجز ورجع على القاتل ولا يرجع القاتل على الولى بشئ (بخلاف قتله فلعاصبه) من المدونة ان جرح الصبى عمدا وله وصى فللوصى أن يقتص له وان قتل فولاته أحق به من الوصى (ولا أحب أخذ المال فى عبده) من المدونة ان قتل للصغير عبد عمدا فأحب أن يختار أبوه أو وصيه أخذ المال اذ لا نفع له فى القود انظر فى هذا الموضع من ابن عرفة اذا عفا المحجور عن جرحه أو عن شتمه أو نال من بدنه كما لو عفا عن قاتله عمدا أو خطأ وهل ذلك كايصائه

فيمن له بنون صغار وعصبة كبار بانتظار الصغار قائلا اذ هم أحق بالقيام بالدم فسئل عن فتياه بخلاف الرواية المأثورة فى ذلك فقال خفى عن السائل معنى ذلك فظن انه لا يسوغ للمفتى العدول عن الرواية وليس كذلك بل لا يسوغ للمفتى تقليد الرواية الا بعد علمه بصحتها الاختلاف فيه بين أحد من أهل العلم وهذه الرواية مخالفة للاصول واستدل على مخالفتها بما حاصله وجوب اعتبار حق الصغير وتأخيره لبلوغه كحق له بشاهد واحد وبان له جبر القاتل على الدية على قول أشهب وأحد قولى ابن القاسم ورواية الاخوين ابن عرفة ولا يخفى ضعف هذا ولا يعتبر هذا فى زماننا انما ساغ ذلك لابن رشد لعلو طبقته وقال بعض من عاصره ليس العمل على هذا اذ هو خلاف قول ابن القاسم وفى طرة بعض نوازله ما نصه ليس العمل على هذا اذ هو خلاف ابن القاسم وقال ابن الحاجب انه أفتى بذلك من غير رواية ولا حجة فان قلت ما هى الرواية المأثورة فى ذلك (قلت) فى الموازية والمجموعة روى ابن وهب وأشهب فى قتيل له بنون صغار وعصبة فللعصبة القتل ولا ينتظر بلوغ الصغار قال عنه ابن وهب ولهم العفو على الدية وتكون بينهم قال عنه أشهب وينظر للصغار وليهم فى القود والعفو على مال وله أن يقسم ان وجد معه من العصبة من يقسم معه وان لم يكن فى قربه ثم يكون لهذا الذى هو أولى بالصبى القتل أو العفو على الدية انتهى وانظر عزوه الرواية للموازية والمجموعة وقد قال فى كتاب الديات من المدونة واذا كان للمقتول عمدا ولد صغير وعصبة فللعصبة أن يقتلوا أو يأخذوا الدية ويعفوا ويجوز ذلك على الصغير وقال قبل هذا فى ترجمة من تجوز شهادته فى قتل الخطأ واذا كان للمقتول أولاد صغار والقتل بقسامة فلاولياء المقتول تعجيل القتل ولا ينتظر أن يكبر ولده الصغار فيبطل الدم وان عفوا لم يجز عفوهم الا على الدية لا على أقل منها وان كان أولاد المقتول كبارا وصغارا فان كان الكبار اثنين فصاعدا فلهم أن يقسموا ويقتلوا ولا ينتظر بلوغ الصغار وان عفا بعضهم فللباقين الاصاغر حظهم من الدية وان لم يكن له الا ولد كبير وصغير فان وجد الكبير رجلا من ولاة الدم حلف معه وان لم يكن ممن له العفو حلفا خمسين يمينا ثم للكبير أن يقتل وان لم يجد من يحلف معه حلف خمسا وعشرين يمينا واستؤنى الصغير فاذا بلغ حلف أيضا خمسا وعشرين يمينا ثم استحق الدم وان كان القتل بغير قسامة وللمقتول ولدان أحدهما حاضر والآخر غائب فانما للحاضر أن يعفو أو يجوز على الغائب ويكون له حصته من الدية وليس له أن يقتل حتى يحضر الغائب ويحبس القاتل حتى يقدم الغائب ولا يكفل اذ لا كفالة فى النفس ولا فيما دون النفس من القصاص وان كان للمقتول أولياء كبار وصغار فللكبار أن يقتلوا ولا ينتظر الصغار وليس الصغير كالغائب يكتب اليه فيصنع فى نصيبه ما أحب والصغير يطول انتظاره فيبطل الدم وان كان أحد الوليين مجنونا مطبقا فللآخر أن يقتل وهذا يدل على أن الصغير لا ينتظر قال وان كان بعض الأولياء مغمى عليه أو مبرسما فانه ينتظر افاقته لأن هذا مرض من الأمراض اهـ ثم قال بعد ذلك ما هو أصرح فى المسئلة واذا كان المقتول عمدا ولد صغير وعصبة فللعصبة ان يقتلوا أو يأخذوا الدية ويعفوا ويجوز ذلك على الصغير وليس لهم أن يعفوا على غير مال انتهى وقال أبو الحسن قوله فيبطل

(ويقتص من يعرف) من المدونة لا يمكن ذو القود في الجراح من القصاص بل يقتص له من يعرف القصاص وأما في القتل فيدفع للولى يقتله وينهى عن العبث (باجر من المستحق) سمع ابن القاسم أجر القصاص على المقتص له (وللحاكم رد القتل فقط للولى وينهى عن العبث) هذا نص المدونة وقد تقدم وقال ابن شاس لا ينبغى للمستحق أن يستقل بالاستيفاء دون الرفع الى السلطان فان فعل عزر ووقع الموقع (وأخر لبرد وحر كالبرد) أنظر هذا الاطلاق قال ابن شاس يؤخر القصاص فيما دون القتال للحر المفرط والبرد المفرط ومرض الجانى قال عبد الوهاب اذا وضعت الحامل التى وجب عليها الحد ان كان حدها الرجم لم تؤخر وان كان حدها الجلد لم تحد حتى تخرج من نفاسها الان من حده الجلد فلا يحد فى وقت يخشى عليه التلف ومن المدونة من سرق فى شدة البرد نخيف موته من قطعه أخره الامام ابن القاسم الحر ان علم خوفه كالبرد وفى النوادر المرض المخوف لا يقطع فيه ولا يحد ولا ينكل فيه وقال اللخمى اذا وجب الحد على ضعيف الجسم يخاف عليه الموت سقط عنه الحد ويعاقب ويسجن وان كان القطع عن قصاص رجع للدية وفى كونها على العاقلة أو على الجانى خلاف ابن رشد عن سحنون ليس لمن خاف على نفسه من الختان تركه ألا ترى ان من وجب قطع يده لا يترك لذلك (كديته خطأ ولو لجائفة) من المدونة يؤخر المقطوع الحشفة حتى يبرأ الان مالكا قال لا يقاد من جرح العمد ولا يعقل فى الخطأ الا بعد البرء وان طلب المقطوع الحشفة تعجيل فرض الدية اذ لابد منها ولو عاش لم يكن له ذلك لعل أنثييه أو غيرهما تذهب فى ذلك وكذلك ان أوضحه رجل فاراد تعجيل دية الموضحة فلا يعجل له شئ اذ لعله يموت فتكون القسامة فيه وكذلك ان ضربه مأمومة خطأ فالعاقلة تحملها مات أو عاش لكن لا يعجل له شئ حتى يبرأ الان من مات منها لم تجب الدية الا بقسامة فان أبى ورثته أن يقسموا كان على العاقلة نصف الدية لمأمومته وانما فى هذا الاتباع والتسليم للعلماء وقال أشهب ما بلغ ثلث الدية من الخطأ لم يكن بد من عقله كالجائفة والمأمومة فقد وجبت ساعة جرح على العاقلة لا محيص لهم منها عادت نفسا أو برئت (والحامل وان بجرح خفيف لا بدعواها وحبست كالحد والمرضع لوجود مرضع) (٢٥٣) ابن الحاجب تؤخر

الدم اما بان يموت القاتل حتف أنفه أو يهرب من السجن اهـ ص ﴿ ويقتص من يعرف بأجرة من المستحق ﴾ ش يعنى أن المجروح اذا وجب له القصاص فانه لا يترك أن يقتص لنفسه ولكن يدعى له أهل المعرفة بالقصاص فيقتصون له وتكون أجرة الذى يقتص على

الحامل فى النفس لا بدعواها وقيل فى الجراح المخوفة ويؤخر المرضع الى أن يوجد من يرضع وفى الموازية تؤخر الحامل فى قتل النفس لوضع الحمل عند ظهور مخايله ولا يكفى مجرد دعواها قال محمد وفى القصاص الشيخ يريد فى الجراح المخوفة ولا تؤخر بعد الوضع الا أن لا يوجد من يرضعه وتحبس الحامل فى الحد والقصاص ولو بادر الولى بقتلها فلا غرة للجنين الا أن يزايلها قبل موتها فتجب فيه الغرة الا أن يستهل صارخا انظر بعد هذا عند قوله وتؤخر المتزوجة لحيضة (والموالاة فى الاطراف) من المدونة من اجتمع عليه حدان حد لله وحد للعباد بدئ بحد الله اذ لا عفو فيه ويجمع ذلك الا أن يخاف عليه الموت فيفرق ولو سرق وقطع شمال رجل قطعت يمينه وشماله ويجمع ذلك عليه الامام أو يفرقه بقدر ما يخاف عليه ابن شاس ويمنع من الموالاة فى قطع الاطراف قصاصا خوفا من قتله (كحدين لله تعالى لم يقدر عليهما) ابن عرفة حد الجلد فى القذف والزنا والشرب يفرق عليه بقدر طاقته حتى يكمل (وبدئ بأشد لم يخف عليه) تقدم نص المدونة من اجتمع عليه حدان بدئ بحد الله تعالى ويجمع ذلك عليه الامام أو يفرقه الا أن يخاف عليه الموت (لا بدخول الحرم) سمع القرينان تقام الحدود فى الحرم ويقتل بقتل النفس فى الحرم ابن رشد مثله لابن القاسم ولا خلاف فيه بين فقهاء الامصار ابن عرفة هذا خلاف ما نقل عبد الوهاب وغيره عن أبى حنيفة ان قتل فى الحرم قتل فيه اجماعا وان قتل فى الحل ثم لجأ الى الحرم لم يقتل فيه ولم يخرج منه ولكن يهجر ولا يبايع ولا يشارى حتى يضطر الى الخروج فيقتل (وسقط ان عفى رجل كالباقى) ابن شاس ان عفا بعض الورثة سقط القود ان كان العافى مساويا لمن بقى فى الدرجة أو أعلا منه فان كان أنزل درجة لم يسقط القود بعفوه فان انضاف الى الدرجة العليا الانوثة كالبنات مع الأب أو الجد فلا عفو الا باجتماع الجميع فان انفرد الابوان فلا حق للام فى عفو ولا قتل وكذلك الاخوة والاخوات معه وأما الام والاخوة فلا عفو الا باجتماعهم معها فان اجتمعت الام والاخوات والعصبة فاتفق الأم والعصبة على العفو مضى على الاخوات وان عفا العصبة والاخوات لم يمض على الام ولو كان مكان الاخوات بنات لمضى عفو العصبة والبنات على الام ولم يجز عفو العصبة والأم على البنات لانهن أقرب * ابن عرفة هذا تحصيل قول المدونة وغيرها (والبنت أولى من الاخت فى عفو وضده) من المدونة ان لم يترك الا ابنة

واخوة فالبنت أولى بالقتل و بالعفو وهذا اذا مات مكانه وان عاش وأكل وشرب ثم مات فليس لهما أن يقتسما لان النساء لا يقسمن في العمد وليقسم العصبة فان أقسموا وأرادوا القتل وعفت الابنة فلا عفو لها وان أرادت القتل وعفا العصبة فلا عفو لهم الا باجتماع منها ومنهم أو منها ومن بعضهم وان كان جلا لا عصبة له وكان القتل خطأ أقسمت أخته وابنته وأخذوا الدية وان كان عمدا لم يجب القتل الا ببينة (وان عفت بنت من بنات نظر الحاكم) من المدونة من أسلم من أهل الذمة أو رجل لا تعرف عصبته فقتل عمدا ومات مكانه وترك بنات فلهن القتل فان عفا بعضهن وطلب بعضهن القتل نظر السلطان بالاجتهاد في ذلك ان كان عدلا فان رأى العفو أو القتل أمضاه (وفي رجال ونساء لم يسقط الا بهما أو ببعضهما) أنظر قبل هذا عند قوله ولا عفو الا باجتماعهم وقول ابن عرفة يريد أو باجتماع بعض الصنفين (ومهما أسقط البعض فلمن بقي نصيبه من دية عمد) من المدونة ان عفا ولي القتيل على الزام القاتل ديته لم يلزم ذلك القاتل الا أن يشاء وقد تقدم قول المدونة ان عفوت ولم تشترط شيأ ثم تطلب الدية فلا شيء لك راجعه قبل هذا عند قوله ولدية لعاف ومن المدونة أيضا في قاتل العمد يقول بعض الاولياء نعفو ولم يعف بعضهم فنصيب من لم يعف من الدية في مال الجاني قال ابن القاسم اذ لا سبيل لتبعيض الدم فزال القتل وصار كعمد المأمومة وان عفا بعض البنين سقط حظه من الدية وبقيتها بين من بقي يدخل فيها الزوجة وغيرها * الباجي فان عفي البنون الذكور كلهم فقال ابن القاسم يسقط حظ البنات قال ابن المواز وقاله من أدركت من أصحاب مالك أنظر هذا مع لفظ خليل (كارثه ولو قسطا من نفسه) انظر قوله من نفسه وعبارة ابن الحاجب من ورث قصاصا على نفسه أو قسطا منه سقط القود والذي لابن يونس ما نصه من قتل رجلا عمدا فلم يقتل حتى مات أحد ورثه المقتول فكان القاتل وارثه بطل القصاص لانه ملك من دمه حصة فهو كالعفو ولبقية أصحابه عليه حظهم من الدية قال أشهب الا أن يكونوا من الأولياء الذين من قام بالدم منهم فهو أولى فان للباقين أن يقتلوا (وارثه كالمال) قال ابن الحاجب وفي كون ارثه على نحو المال أو على نحو الاستيفاء قولان لابن القاسم وأشهب ابن عبد السلام ضمير ارثه يعود على الدم ومعنى قول ابن القاسم ان ولي الدم ان مات تنزل كل ورثته منزلته دون خصوصية لعصبته على ذوي فروضه فترث البنات والزوجات والأمهات ونص العفو والقصاص كما لو كان معهم عصبة لانهم ورثوه عمن كان ذلك اليه ومعنى قول أشهب انه لا يرث من ورثه ولي الدم الا من يرثه من المقتول نفسه فلو ترك ولي الدم ابنا وابنة وأما وزوجة لم يكن للبنت والزوجة حظ كما لم يكن لبنت القتيل وزوجته مع ابنه شيء * ابن عرفة لا مدخل للأزواج في الدم بحال فليس مراد ابن القاسم كما فهمه شارحا ابن الحاجب راجعه أنت * ومن المدونة ان مات من ولاة الدم رجل وورثه رجال ونساء فللنساء من العفو والقتل ما للذكور لانهم ورثوا الدم عمن له العفو والقتل فهم كاباه انظر ان مات ولي الدم عن ابن وبنت قال ابن يونس لا قيام للبنت على قول أشهب وهو القياس (وجاز صلحه في عمد بأقل وأكثر والخطأ كبيع الدين) من المدونة من جنى خطأ وهو من أهل الابل فصالح الاولياء عاقلته على أكثر من ألف دينار جاز ان عجلوها فان تأخرت لم يجز لانه دين بدين وفي العمد جائز لانه ليس بمال (ولا يمضي على عاقلته كعكسه) من المدونة لو صالح الجاني على العاقلة فيما عليها فأبت لم يلزمها * ابن عرفة وقول ابن الحاجب وكذلك العكس واضح لانها فيما يلزمها دونها كاجني (فان عفا فوصية وتدخل الوصايا فيه وان بعد سببها أو بثلثه أو بشيء قبله اذ عاش بعدها ما يمكنه التغيير فلم يغير

المستحق للقصاص قاله مالك وابن القاسم وأشهب قاله في النوادر قال ويدعى له أرفق من يقدر عليه من أهل البصر فيقتص بارفق ما يقدر عليه قال مالك وأحب الى أن يولي الامام على الجراح رجلين عدلين ينظران ذلك ويقيسانه قال وان لم يجد الا واحدا فأرى ذلك مجزئا ان كان عدلا فان كانت موضحة شرط في رأسه مثلها وان كانت سنا مقلوعة من أصلها نزعت من الجاني بالكلبتين أو بارفق ما يقدر عليه وان كسر اشرافها أو بعضها سحل بمقدار ذلك منها قيل لمالك أتجعل الموسى بيد المجروح ثم يشد الطبيب على يده حتى يبلغ ذلك قال لا أعرف هذا اهـ (تنبيه) فعلم من هذا أن القصاص في الجراح لا يطلب فيه ان يكون بمثل ما جرح فاذا شجه موضحة مثلا بحجر أو عصا يقتص منه بالموسى ولا يقتص منه بحجر أو عصا ص * ومهما أسقط البعض فلمن بقي نصيبهم من دية عمد * ش يعني انه اذا أسقط بعض من له العفو حقه وعفا عن القاتل فان القود يسقط ويتعين للباقين نصيبهم من دية عمد ويدخل في ذلك بقية الورثة فاذا عفا جميع الأولياء فلا شيء للبنات قال في المدونة في آخر كتاب الديات واذا قامت بينة بالقتل عمدا فالمقتول بنون وبنات

بخلاف العمد) من ابن يونس قال ابن القاسم قال مالك اذا عفا المقتول خطأ عن ديته جاز ذلك فى ثلثه فان لم يكن له مال وأوصى مع ذلك بوصايا فليتحاص العاقلة وأهل الوصايا فى ثلث ديتـه ولو أوصى لرجل بثلثه بعد الضرب دخلت الوصية فى ديته لانه قد علم أن قتل الخطأ مال وكذلك لو أوصى بثلثه قبل ان يضرب وعاش بعد الضرب ومعه من عقله ما يعرف به ما هو فيه فلم يغير الوصية فانها تدخل فى ديته الا أن تختلس نفسه ولا يعرف له بعد الضرب حياة فلا تدخل الوصايا فى ديته ولو كان القتل عمدا فقبل الاولياء الدية لم تدخل فيها الوصايا وان عاش بعد الضرب وتورث على الفـرائض الا أن يكون عليـه دين فأهل الدين أولى بذلك اذ لا ميراث الا بعد قضاء الدين (الا ان ينفذ مقتله و يقبل وارثه الدية وعـلم) ابن يونس لو أنفذ قاتله مقاتله مثل أن يقطع نخاعه أو مصرانه و بقى حياتـكلم فقبل أولاده الدية وعلمها فأوصى فيها لدخلت فيهـا وصاياه لانه مال طرأ له وعلمـه قبل زهوق نفسه فوجب أن تجوز فيه وصاياه قال ابن القاسم ولو انه أوصى فقال ان قبل أولادى الدية فوصيتى فيهـا أو أوصى بثلثها لم يجز ولا يدخل منها فى ثلثه شئ لان ذلك عند الميـت يوم أوصى مال مجهول قال محمد بل لا مال له كشئ لا يعـلم أ يكون أم لا يكون (وان عفا عن جرحه أو صالح فمات فلاوليائه القسامة والقتل ورجع الجانى فيما أخذ منه) ابن شاس لو عفا عن جرحه العمد ثم نزا فيه فمات فلولاته أن يقسموا و يقتلوا فى العمد و يأخذوا الدية فى الخطأ من العاقلة و يردون ما أخذو يليهم فى الصلح ومن المدونة ان قطع يده عمدا فصالحه على مال ثم نزا فيها فمات فلا وليائه أن يقسموا و يقتـلوا و يرد المال فان أبوا بقى لهم المال الذى أخذ فى قطع اليد وكذا لو كانت موضحته خطأ فلهم أن يقسموا أو يأخذ الجانى ماله و يكون فى العقل كرجل من قومه انظر كتاب الصلح من المدونة (وللقاتل الاستحلاف على العفو فان نـكل حلف واحدة و برئ)

فعفو البنين جائز على البنات ولا أثر لهن مع البنين فى عفو ولا قيام وان عفوا على الدية دخـل فيها النساء وكانت على فرائض الله تعالى وقضى منها دينـه وان عفا واحـد من البنين سقطت حصته من الدية وكانت بقيتها بين حق من بقى على الفرائض وتدخل فى ذلك الزوجة وغيرها وكذلك اذا وجب الدم بقسامـة ولو انه عفا على الدية كانت له ولسائر الورثة على المواريث واذا عفا جميع البنـين فلا شئ للنساء من الدية وانما لهن اذا عفا بعض البنين والاخوة والأخوات اذا استووا فهم كالبنين والبنات فيما ذكرنا اهـ وما ذكره فى المدونة من انه اذا عفا جميع البنين فلا شئ للنساء من الدية قال فى التوضيح فى شرح قول ابن الحاجب ولا لمن لا يعتبر عفوه معه كالبنات والابن هو ظاهر المذهب و به قال ابن القاسم وأشهب وروى أشهب عن مالك أيضا ان عفا الذكور كلهم لحق اخواتهم فى الدية باق ابن المواز و بالقول الأول قال من أدركنا من أصحاب مالك ثم ان الأول مقيـد بان يعفو كل من له العفو فى فور واحد وأما لو عفا بعض من له ذلك ثم بلغ من بقى وعفا فلا يضر ذلك من معهـما من أخت و زوج وزوجة لانه مال ثبت بعفو الاول قاله محمد اهـ ص ﴿ بخلاف العمد ﴾ ش أى فلا تدخل الوصايا فيما أخذه الورثة عنه قال فى الشامل ولا مدخل لوصية فى عمـد وان ورثت كماله أو غرم الدين منه ولو قال ان قبل أولادى الدية فوصيتى فيها أو أوصى بثلثها ولا يدخل منها فى ثلثه شئ الا اذا أنفذ مقتله وقبل أولاده الدية وعلم بها اهـ (فرع) ولو أوصى أن تقبل الدية من القاتل وأوصى فيها بوصايا لم تدخل الوصايا فيه على المشهور لاحتمال أن لا يرضى القاتل قاله فى رسم العارية من سماع عيسى من كتاب الديات فان رضى القاتل بذلك أيضا كانت الوصايا فى الدية (تنبيه) قال ابن الحاجب بخلاف العمد فانه لا مدخل للوصية فيه وان كان يورث كماله و يغرم الدين منه قال ابن عبد السلام معناه انه لا يضر فى سلب المالية عن عدم العمد وعدم نفوذ الوصية من ثلث ديته كون الدية فيه تورث كماله وتأخذ منها الزوجة سهمها و يؤدى منها الدين لانها دائرة بين ما قلناه من عـدم المالية و بين كونها مالم يعـلم به الوصى انتهى وقال فى التوضيح ولا يضر فى سلب الماليـة كونه يورث عنه و يغرم منه الدين لأنها مال لم يعلم به ربه أو ليست بمال حقيقة فتأمله اهـ ولا أعلم خـلافا فى كونه يؤدى منها دين الميت اذا قبلت قال ابن رشد فى أول رسم من سماع أصبغ من كتاب الوصايا ولو أوصى المقتول بمـال فقال يخرج ثلثى مما علمت من مالى ومما لم أعلم لم تدخل فى ذلك الدية التى أخـذها الورثة لانها مال لم يكن له وانما قال مالم أعلم وديته لم تـكن من ماله ولـكن يؤدى منها ديته و يرثها عنه ورثته على كتاب الله عز وجل لأن السنة أحكمت ذلك فى الدية وان كانت ليست بمال للمقتول الموروث قال ابن دحون وهو صحيح اهـ كلام ابن رشد ص ﴿ وان عفا عن جرحه أو صالح فمات ﴾ ش نحوه فى المدونة فيمن قطعت يده فعفا ثم مات قال الشيخ أبو الحسن ان قال

من المدونة ان ادعى الجانى عفو الولى استحلفه فان نكل حلف القاتل ابن يونس انما يحلف القاتل يمينا واحدة لأنها التى كانت على المدعى عليه (وتلوم له فى البينة الغائبة) من المدونة ان ادعى القاتل بينة غائبة تلوم له الامام (وقتل بما قتل) ابن شاس الفصل الثالث من الفن الثانى من حكم القصاص فى كيفية المماثلة وهى فرعية فى قصاص النفس قال القاضى أبو بكر من قتل بشئ قتل به الافى وجهين وفى وصفين الوجه الأول المعصية كالخمر واللواط الثانى النار والسم وقيل يقتل بالنار والسم (ولو نارا) سمع عبد الملك ابن القاسم من قتل رجلا بتغريق أوسم قتل بمثل ذلك ابن رشد هو نص المدونة فى السم وتأولها الشيخ فقال يعنى يوجب القود بغير السم وهو تأويل بعيد واذا قيد بالسم فاحرى بالنار خلاف قول أصبغ لايقاد بالنار الباجى المشهور قتله بما قتل به من نار أوغيرها * ابن عرفة خلاف ماشهر ابن العربى (لابخمر ولواط) تقدم قول ابن يونس الاول المعصية (وسحر) ابن العربى فى ابطال السحر بالسحر قولان قال مالك من السحر مايفرق به بين الزوجين ومايصلح به بينهما اذا تباغضا وذلك كفر قاله مالك ولكن أحدهما يتوصل به الى الطاعة والآخر يتوصل به الى المعصية (ومايطول) ابن الحاجب ان كان مما يطول فى قتله فالسيف على الأصح (وهل والسم أو يجتهد فى قدره تأويلان) تقدم نص ابن رشد وتأويل أبى محمد (يغرق ويخنق ويحجر) ابن الحاجب من قتل بشئ قتل به فيخنق ويغرق ويحجر (وضرب بالعصى للموت) اللخمى اختلف ان ضرب بالعصى مثل العدد الاول فلم يمت فقال ابن القاسم يضرب حتى يموت وقال مالك فى رواية محمد ان كانت العصا تجهز فى ضربه واحدة قتل بها وأما ضربات فلا وليقتله بالسيف (كذى عصوين) قال مالك وان قتله بعصا قتل بعصا وليس فى هذا عدد فان ضربه بعصاتين فمات منهما فان القاتل يضرب بالعصا أبدا حتى يموت (ومكن مستحق من السيف مطلقا) ابن الحاجب مهما عدل المستحق الى السيف مكن انتهى وانظر هنا ذكروا ان ماتقدم من القتل بمثل ماقتل به انما هو فيمن ثبت قتله بذلك وأما من يقتل بالقسامة فلا يقتل الا بالسيف (واندرج طرف ان تعمده) الذى فى المدونة ان قطع يديه ورجليه ثم ضرب عنقه قتل ولا تقطع يداه ولا رجلاه وكل قصاص القتل يأتى عليه ابن يونس يريد الا أن يفعله به على وجه العذاب قال أصبغ ان لم يرد القاتل بقطع يده العبث والايلام قتل فقط وان كان أراد ذلك فعل به مثله وقاله ابن مزين (وان لغيره) روى ابن القاسم وابن وهب من قطع يد رجل وفقأ عين آخر وقتل آخر فالقتل يأتى على ذلك كله (لم يقصده) تقدم هذا لابن يونس (كالأصابع فى اليد) قال ابن القاسم لو قطع أصابع يد رجل ويد آخر من الكوع ويد آخر من المرفق قطع لهم من المرفق * ابن عرفة لابن رشد من قطع أصابع كف رجل ثم كفه قطعت أصابعه ثم كفه فاحرى فى رجلين انتهى مالابن عرفة (ودية الخطأ على البادى مخمسة بنت مخاض وولد اللبون وحقة وجذعة) ابن شاس كتاب الديات والنظر فى أربعة أقسام الاول فى الواجب وفيه بابان الاول فى النفس الثانى فيما دون النفس القسم الثانى فى الموجب من الاسباب القسم الثالث فى بيان من عليه الدية الرابع فى غرة الجنين ودية النفس الكاملة عند الخطا مختلفة الجنس بحسب الجانى فان كان من أهل البوادى أهل العمود فهى مائة من الابل مخمسة عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة (وربعت فى عمد بحذف ابن اللبون) ابن شاس أما دية العمد اذا وجبت فربعة خمس وعشرون من كل سن من الاناث بعد اسقاط ابن اللبون ومن المدونة دية العمد اذا قبلت مبهمة فهى على أربعة أسنان * ابن يونس وكذلك اذا عفا أحد الاولياء فجاز ذلك على من بقى قضاء لمن بقى من حساب الدية المربعة (وثلثت فى الاب ولو مجوسيا فى عمد لم يقتل به كجرحه بثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة بلا حد سن) من المدونة قال مالك شبه العمد لا أعرفه انما هو عمد أوخطأ ولا تغلظ الدية

عفوت عن اليد لا غير لا اشكال وان قال عن اليد وماترامى اليه من نفس أوغيره فلا اشكال وان قال عفوت فقط فهو محمول على انه عفا عما وجب له فى الحال وهو قطع اليد اه وقد ذكر المصنف هذه المسئلة فى كتاب الصلح أيضا وتقدم الكلام عليها بما فيه الكفاية والله أعلم ص * واندرج طرف * ش يعنى ان الاطراف تندرج فى النفس كما اذا قطع يد واحد ورجل آخر وفقأ عين آخر وقتل آخر وهو ظاهر (فرع) قال فى المدونة فى أثناء كتاب الديات ومن فقأ أعين جماعة اليمنى وقتا بعد وقت ثم قاموا فلتفقأ عينه لجميعهم وكذلك اليد والرجل ولو أقام أحدهم وهو أولهم أو آخرهم فله القصاص ولا شئ لمن بقى وكذلك لو قتل رجلا عمدا ثم قتل بعد ذلك رجالا فقتل ولا شئ فيه لهم عليه انتهى ص * ودية الخطأ على البادى مخمسة * ش شرع يتكلم رحمه الله على

الا في مثل مافعل المدلجي بابنه فان الاب اذا قتل ابنه بحديدة حذفه بها أو بغيرها مما يقاد من غير الوالد فيه فان الاب يدرأ عنه القود وتغلظ عليه الدية وتكون في ماله وهي ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة في بطونها أولادها لايبالي من أي الاسنان كانت ولا يرث الاب في هذا من مال الولد ولا من ديته شيأ لأنه من العمد لا من الخطأ ولو كان من الخطأ لحملته العاقلة وورث من ماله لا من الدية والام في ذلك بمنزلة الأب وتغلظ الدية على أب الأب كالأب وكذلك الأب يجرح ولده أو يقطع شيأ من أعضائه كحال ماصنع المدلجي فان الدية تغلظ فيه وتكون في مال الأب حالا كان أقل من ثلث الدية أو أكثر ولا تحمله العاقلة قال مالك ولو أضجع رجل ابنه فذبحه ذبحا أو شق بطنه شقا مما يعلم انه تعمد القتل أو صنعت ذلك والدة بولدها ففيه القود الا ان يعفو من له العفو والقيام قال سحنون واذا قتل المجوسي ابنه فاصحابنا يرون ان تغلظ عليه الدية اذا حكم بينهم خلافا لعبد الملك (وعلى الشامي والمصري والمغربي ألف دينار وعلى العراقي اثنا عشر ألف درهم) ابن عرفة دية الخطأ على أهل الذهب قال في المدونة كاهل الشام ومصر قال الجلاب والمغرب قال ابن حبيب والاندلس ومكة والمدينة ألف دينار وعلى ذوي الورق اثنا عشر ألف درهم قال في المدونة هم كاهل العراق * الجلاب وفارس وخراسان (الا في المثلثة فيزاد نسبة مابين الديتين) الكافي دية الخطأ ودية العمد على أهل الذهب وأهل الورق سواء وانما تختلف الديتان بالنسبة الى أهل الابل بخلاف الدية المغلظة التي تكون أثلاثا فتغلظ على أهل الذهب والورق كما تغلظ على أهل الابل قال في المدونة تغلظ الدية على أهل الذهب والورق وينظر كم قيمة اسنان المغلظة وكم قيمة أسنان الخطأ فينظر كم زادت قيمة المغلظة على دية الخطأ ثم ينظر كم ذلك الزائد من قيمة أسنان دية الخطأ فان كان قدر ربعها كان له دية وربع وكذلك ماقل وكثر من الاجزاء (وللكتابي والمعاهد نصفه وللمجوسي والمرتد ثلثا خمس) من المدونة دية اليهودي والنصراني نصف دية المسلم ودية نسائهم على النصف من دية رجالهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم والمجوسية أربعمائة درهم * ابن

شاس والمعاهد كالذمي ودية نساء كل جنس على النصف من دية رجالهم * ابن عرفة والمرتد ان قتله مسلم قبل استتابته لم يقتل به قال ابن القاسم وأشهب وأصبغ وديته دية مجوسي في العمد والخطأ في نفسه وجرحه رجع للاسلام أو قتل على ردته * الطرطوشي ومن لم تبلغه الدعوة بحال كمن بجزيرة لايضمن ان قتل قاله أصحابنا ومن قول مالك ان أقام مسلم بدار الحرب مع القدرة على خروجه لادية فيه أنظر في الجهاد عند قوله (وأنثى كل نصفه) الرسالة ودية المرأة على النصف من دية الرجل وكذلك دية الكتابيين ونسائهم على النصف من ذلك ومن المدونة دية نساء كل نوع نصف دية رجاله ودية جراح غير المسلمين من دياتهم كجراح المسلم من ديته (وفي الرقيق قيمته وان زادت على دية الحر) من المدونة في كل ذي رق قيمته ولو زادت على أكثر ديته (وفي الجنين وان علقة عشر أمه ولو أمة نقدا أو غرة عبد أو وليدة تساويه) أبو عمر اذا ضربت المرأة فألقت جنينا ميتا لم يستهل ففيه غرة عبد أو أمة قيمته عشر دية أمه خمسون دينارا عند مالك أو ستمائة درهم وفي جنين النصرانية واليهودية عشر دية أمه ان ألقته ميتا وهي حية وان كانت أمة فألقت جنينا ميتا ففيه عشر قيمة أمه كجنين الحرة من دية أمه * اللخمي الجاني مخير في غرم عشر دية الام أو في غرم الغرة ومن المدونة في جنين الامة من غير السيد عشر قيمة أمه كان أبوه حرا أو عبدا وروى ابن نافع زادت على الغرة أو قصرت ومن أعتق مافي بطن أمته من غيره فألقت جنينا ميتا ففيه عشر قيمة أمه ولو ألقته حيا ففيه دية حر ومن المدونة الجنين ماعلم انه حمل وان كان مضغة أو علقة أو مصورا ابن عرفة ظاهره ان الدم المجتمع فيه لغو في استبرائها انه حمل ومن المدونة وسواء ضربت الأم عمدا أو خطأ (والامة من سيدها والنصرانية من العبد المسلم كالحرة) من المدونة في جنين أم الولد من سيدها مافي جنين الحرة وكذا جنين النصرانية من زوجها العبد المسلم (ان زايلها كله حية) ابن عرفة الغرة واجبة في الجنين بانفصاله ميتا قبل موت أمه اتفاقا * ابن شاس فلو خرج رأس الجنين وماتت الأم ففي ايجاب الغرة فيه قولان * ابن عرفة لا أعرف هذا بل المعنى كمال خروجه (الا ان يحيي فالدية ان اقسموا ولو مات عاجلا) من المدونة ان ضرب بطنها فألقت جنينا حيا

الدية وهي بتخفيف الياء المثناة التحتية قال ابن عرفة الدية مال يجب بقتل آدمي حر عن دمه أو بجرحه مقدرا شرعا لا باجتهاد فيخرج مايجب بقتل غير الآدمي من قيمة فرس ونحوه ومايجب بقتل ذي رق من قيمته والحكومة انتهى ص * وفي الجنين ولو علقة عشر دية أمه * ش شمل كلامه جنين الحيوان البهيمي قال في المسائل الملقوطة لما ذكر المسائل التي انفرد بها مالك ولم يتبعه عليها أحد من فقهاء الامصار من ضرب بطن بهيمة فألقت جنينا ميتا فعليه عشر قيمة أمه

ثم ماتت بجنين فى بطنها ومات الخارج قبل موتها أو بعد ففى الام دية واحدة والكفارة ولادية فى الجنين الذى لم يزايلها ولا كفارة والذى ألقته ان استهل ففيه القسامة والدية وان لم يستهل ففيه الغرة ولبعض المدنيين عن مالك لاقسامة ان مات مكانه وانما تكون القسامة اذا عاش ثم مات أنظر هذا مع ماتقدم عند قوله وذكى المزلق ان الجنين لاعبرة بحياته فى بطن أمه فلا تراعى بعد خروجه حتى يعلم انه يعيش مثله وكذلك ارثه حسبما يأتى (وان تعمده بضرب ظهر أو بطن أو رأس ففى القصاص خلاف) ابن شاس ان كانت الجناية عمدا وانفصل الجنين حيا فقال القاضى أبو الوليد المشهور من قول مالك انه لاقود فيه ابن عرفة ان ألقته حيا وهى حية أو ميتة والضرب خطأ ومات بالحضرة فقول ابن القاسم فى المدونة توقف ديته على القسامة قال لأنه لايدرى أمات من الضربة أو لما عرض بعد خروجه ولو كان الضرب عمدا على بطنها فقال ابن القاسم يجب القود فيه بقسامة وهذا ان تعمد ضرب البطن أو الظهر أو موضعا يرى انه أصيب به أما لو ضرب رأسها أو يدها أو رجلها ففيه الدية (وتعدد الواجب بتعدده)

سمع القرينان من ضربت فطرحت جنينين لم يستهلا ففيهما غرتان ولو استهلا كان فيهما ديتان ورواه ابن نافع فى المجموعة (وورثت على الفرائض) من المدونة تورث الغرة على فرائض الله (وفى الجراح حكومة بنسبة نقصان الجناية اذا برئ من قيمته عبدا فرضا من الدية) ابن شاس الباب الثانى فيما دون النفس وهذه الجناية اما جرح واما ابانة واما ابطال منفعة الاول الجرح وقد تقدم بيان ترتيبه وفى جميعه الحكومة الا الموضحة ففيها خمس من الابل ومن الكافى ليس فى شئ مما ذكرنا من الشجاج كلها اذا أصيبت خطأ الا الاجتهاد والحكومة وذلك أن يقدم المجنى عليه عبدا صحيحا ويقوم عبدا معيبا وينظر مابين قيمته فيجعل ذلك جزأ من ديته على الجانى فى ماله وكذلك جراح الجسد كلها غير الجائفة ليس فيها عند مالك وأصحابه عقد مسمى وانما فيها اجتهاد الحاكم على قدر الشين والالم وهذا كله فى جراح الخطأ فان كانت عمدا وضبط فيها القود وعرف عمق ذلك وقدره طولا وعرضا أقيد منها اذا برئ المجروح ولا قود فى جائفة ولا مأمومة ولا منقلة والجائفة ماوصل الى الجوف من مقدم الجوف أو من الجنب أو الظهر أو الخصر ولو بابرة وفيها ثلث الدية بعد البرء والمأمومة لاتكون الا فى الرأس ومعناها ماوصل الى الدماغ ولو بابرة فيها ثلث الدية بعد البرء والهاشمة فيها عشر الدية مائة دينار وقال ابن شاس أما الهاشمة فلادية فيها بل حكومة الشيخ روى أصحاب مالك ليس فيما دون الموضحة فى الخطأ عقل مسمى ابن القاسم وأشهب الا أن يبرأ على شين ففيه حكومة ابن عرفة ألفاظ المدونة يأتى فيها مرة لفظ الحكومة ومرة لفظ الاجتهاد وقول ابن شاس الحكومة

اه وهذا خلاف مايقوله المصنف انما فيه مانقصها وهو الذى يقوله أهل المذهب ص ﴿ وأورثت على الفرائض ﴾ ش تصوره ظاهر (تنبيه) اذا كان الجانى هو الاب فتجب عليه الغرة ولا يرث منها قاله فى الديات من المدونة ونصه ولو ضرب الاب بطن امرأته فألقت جنينا ميتا فلا يرث الاب من دية الجنين شيأ ولا يحجب ويرثها من سواه اه وقال الجزولى فى شرح الرسالة وكذلك الام اذا كانت هى التى أسقطت مثل أن تشرب مايعلم انه يسقط به الجنين فان الغرة تجب عليها ولا ترثها وأما ان شربت دواء ممالايعلم انه لايسقط به الجنين فكان ذلك سبب سقوطه فلا غرة عليها وكذلك الطبيب اذا سقاها وكانت الأدوية ممايعلم انه يسقط به الجنين فعليه الغرة وان كان ممايعلم انه لايسقط به فلا غرة عليه انتهى بلفظه وقال فى رسم العقود من سماع أشهب من كتاب الديات وسئل مالك عن المرأة تشرب الدواء وهى حامل فيسقط ولدها أترى عليها شيأ قال ماأرى به بأسا اذا كان دواء يشبه السلامة فليس به بأس ان شاء الله قد يركب الانسان الدابة فتصرعه وقد كوى رسول الله صلى الله عليه وسلم سعدا فمات فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بئس الميت يهود تقول يفتنون به ويقولون لم يغن عنه صاحبه قال ابن رشد هذا بين على ماقاله وهو على قياس ماتقدم فى رسم البز من سماع ابن القاسم فى الصبى الذى تسقيه أمه الدواء فيشرق به فيموت اه وقال فى المسائل الملقوطة فى الحامل تشرب داء فتلقى جنينها ذكر ابن حبيب عن قتادة ان عليها عتق رقبة وقال فضل بن مسلمة قد قيل لاشئ عليها اذا كان دواء مأمونا وهو مذهب أصحابنا اه وذكرها ابن فرحون فى الفصل التاسع من القسم الثالث من تبصرته وقال فى مفيد الحكام واذا شربت المرأة دواء فألقت جنينا ميتا لم تكن للغرة ضامنة اه يريد اذا كان دواء مأمونا كما تقدم فى كلام غيره والله أعلم وسيأتى عند قول المصنف وعلى القاتل الخ وانظر كتاب الديات من المدونة فى باب ماأصاب النائم والنائمة ص ﴿ وفى الجراح حكومة ﴾ ش قال فى الرسالة ومابرئ على غير شين مما دون الموضحة فلاشئ

تقدر بعد اندمال الجرح وهو مقتضى الروايات فى المدونة وغيرها وما برئ من الخطأ على غير شين فيه الا الموضحة ففيها ديتها لان فيها دية مسماة وما برئ على شين وليس فيه عقل مسمى ففيه حكومة (كجنين البهيمة) ومن الكافى من جنى على بهيمة شيأ فعليه ما نقصها فان قتلها غرم قيمتها بالغة ما بلغت وان قطع (٢٥٩) ذنب دابة أو شيأ من محاسنها وكانت من دواب الركوب والزينة ففيها لمالك قولان وان كانت من دواب الحمولة فعليه ما نقص من ثمنها الا أن يذهب جل منافعها فالقولان (الا الجائفة والآمة فثلث) ابن عرفة كل المذهب على ان فى المأمومة ثلث الدية والجائفة مثلها (والموضحة فنصف عشر) ابن عرفة كل المذهب على ان فى الموضحة نصف عشر الدية ابن رشد ولا تكون عند مالك الا فى جمجمة الرأس وفيها القصاص فى العمد وخمس من الابل فى الخطأ الا أن تكون فى الوجه فتشينه فيزاد فيها بقدر شينها (والمنقلة والهاشمة فعشر ونصفه) أما المنقلة فقال فى الكافى فى المنقلة عشر الدية ونصف عشرها خمس عشرة فريضة أو مائة وخمسون دينارا ابن رشد الخطأ والعمد فى المنقلة سواء اذ لا قصاص فيها لانها من المتالف وأما الهاشمة فقد تقدم قول ابن شاس لا دية فيها وقول أبى عمر فيها عشر الدية فقال ابن رشد أما الهاشمة فلم يعرفها مالك وديتها عند من عرفها من العلماء وهم الجمهور من العلماء عشر من الابل (وان بشين فيهن) أنظر هذا الاطلاق وابن شاس ان بقى حوالى الجرح شين وكان أرش الجرح مقدرا اندرج الشين الا فى موضحة الوجه والرأس فانه يزاد على عقلها بقدر ما شانت بالاجتهاد وعبارة ابن رشد أنظرها قبل قوله والمنقلة (ان كن برأس أو لحى أعلى

فيه قال الجزولى انظر أجرة الطبيب وثمن الزراريع قيل على الجانى وقيل لاشئ عليه وهو ظاهر الكتاب وقال الفاكهانى ظاهر الرسالة أنه لا يعطى أجرة الأدوية ولم يقل به مالك وقيل يعطى ما انفقه من الأدوية قاله الفقهاء السبعة قال ابن ناجى أراد الفاكهانى بقوله ولم يقل به مالك أى لم يقل بأن الاجرة له بل قال مثل ظاهر كلام الرسالة اذا قيل له من انكسر فخذه ثم جبرت مستوية أله ما أنفق فى علاجه قال ما علمته من أمر الناس أرأيت ان برئ على شين أيكون له قيمة الشين وما أنفق فى علاجه اه وقال أبو الحسن قال ابن يونس قال مالك وليس أجر الطبيب بأمر معلوم معمول به ثم ذكر ما تقدم وقال بعده ابن رشد وقال الفقهاء السبعة فيما دون الموضحة من جراح الخطأ أجر المداوى صح من المقدمات هنا وقال ابن الحاجب هذا قال مالك ما علمت أجر الطبيب من أمر الناس ذكره قبل الكلام على الاعضاء المقررة وذكر المصنف فى آخر باب الغصب فى ذلك قولين ص ﴿كجنين البهيمة﴾ ش قال فى المسائل الملقوطة لما ذكر المسائل التى انفرد بها مالك ولم يتابعه عليها أحد من فقهاء الأمصار من ضرب بطن بهيمة فالقت جنينا ميتا فعليه عشر قيمة أمه اه وما قاله خلاف ما قاله المصنف من انه انما فيه قيمة ما نقصها وما قاله المصنف هو الذى يقوله أهل المذهب ص ﴿وان بشين فيهن﴾ ش الضمير للجائفة والآمة والمنقلة والهاشمة والموضحة ومعناه انه اذا حصل بسبب واحد من هذه الجراحات شين فانه لا يزاد على المقدر فيها شئ لأجل الشين ولم يذكروا خلافا فى اندراج شين غير الموضحة واختلف فى اندراج شين الموضحة على ثلاثة أقوال الاول يندرج وهو ظاهر كلامه هنا وعزوه فى التوضيح لاشهب وهو ظاهر الحاقها ببقية أخواتها والثانى انه يزاد لاجل الشين سواء كان قليلا أو كثيرا وعزوه فى التوضيح لابن زرقون وهو مذهب المدونة قال فيها وموضحة الوجه والرأس اذا برئت على شين زيد فى عقله بقدر الشين اه والثالث روى ابن نافع عن مالك ان كان أمرا منكرا زيد له والا فلا اه من التوضيح وقال الشيخ زروق فى الموضحة اذا برئت على شين ثلاثة مشهورها قول مالك وابن القاسم انه يزاد على ديتها بقدر الشين انتهى ص ﴿وفى اليدين﴾ ش قال ابن ناجى والدية كاملة فى مجموع اليدين سواء قطعت الاصابع خاصة أو قطعت مع الكف أو مع الذراع أو قطعت اليدان من المنكبين وهو الذى قلناه هو قول مالك من رواية أشهب ولو قطع كف وليس فيها الا أصبع واحدة فله دية الاصبع واستحسن ابن القاسم فى الكف حكومة قال أشهب لاشئ له فى الكف اذا ما بقى شئ له دية واتفقوا اذا بقى الكف خاصة ففيها حكومة وانه ان لم يذهب له الا أصبع واحد فلا شئ له فيما بقى من الكف واختلفوا فيما بين ذلك فجعل ابن القاسم الاصبع قليلا كالو لم يبق فيها شئ وجعل أشهب وجودها مانعا من أخذ الحكومة ووافقه على ذلك سحنون وقاله ابن القاسم فى الاصبعين وجعل عبد الملك الثلاثة من حيز القليل فله فى الكف عنده بحساب ما ذهب من الاصابع وقال المغيرة اذا ذهب منها أصبعان ثم قطع الكف بعد ذلك فان أخذ فى الاصبعين عقلا أو قودا فله عقل

والقيمة للعبـد كالدية والافلا تقـدير) أنظر اقحام قوله والقيمة للعبد كالدية أثناء قوله ان كن برأس أولحى أعلا والافلا تقدير
وعبارة ابن الحاجب فى الجراح كلها الحـكومة الأربعـة الموضحة والمنقلة والمأمومة والجائفة ثم قال وتختص الموضحة وأختاها
بعظم الرأس والوجه دون الانف واللحى الاسـفل ثم قال وأما هاشمة البـدن ومنقلته وغيرها فالاجتهاد يعنى الا الجائفة فانه قد كان
ذ كرها ومن الـكافى الموضحة لاتـكون الا فى الوجـه والرأس وكذلك الشجاج كلها وما كان فى الجسـد من ذلك قيل لها جراح
لاشجاج وقد تقدم قوله وكذلك جراح الجسد كلها غير الجائفة ليس فيها عقـل مسمى أنظره عند قوله وفى الجراح حكومة وأما قوله
والقيمة للعبد كالدية فقال مالك ان قتل حر عبدا فعليه قيمته ما بلغت وان جاوزت الدية وان جرحه فعليه ما نقصه بعد برئه قال مالك
وموضحة العبد ومنقلته وجائفته ومأمومته فى ثمنه بمنزلتهن فى دية الحر قال عبد العزيز اذ لا ينقص ثمنه اذا برئ فلا بد أن يكون فيهن
ماذ كرنا ابن رشـد الفقهاء السبعة على وجوب أجر الطبيب فيما دون الموضحة من جراح الجسد وأخذه بعضهم من قول مالك
مرة بوجوب الرفق ابن عرفة وهو أحروى لان الدماء آكد من الاموال وسئل مالك عمن انـكسرت فخذه ثم انجبرت مستوية
أله ما انفق فى علاجه قال ما علمته من أمر الناس أرأيت ان برئ على شين أيكون له قيمة الشين وما أنفق (وتعدد الواجب بجائفة
نفـذت) من المدونة ان نفذت الجائفة فقد اختلف فيها قول مالك وأحب الى أن يكون فيها ثلث الدية وعبارة ابن شاس فيها دية
جائفتين وصوب اللخمى قول مالك الآخر انها جائفة واحـدة قال لانه انما جعـل فيها ثلث دية لقدرها وانها تصادف مقتل القلب
أو الـكبد أو غـير ذلك وهذا انما يخشى حـين الضربة من خارج ونفوذها من داخـل الى خارج لاغرر فيه

(كتعـدد الموضـحة
والمنقلة والآمة ان لم تتصل
والافلا وان بفور فى
ضربات) لو قال وتعدد
الواجب بجائفة نفـذت
كتعددها وتعدد الموضحة
لتنزل على ما تقـدم وعلى
ما يتقرر قال ابن شاس
لو انخرق ما بين الجائفتين
لـكان فيهما دية جائفـة
واحـدة كالموضحة تعظم فتـكشف من قرنه الى قدمه وان كان ذلك من ضربات الا أنه فى فور واحد وكذلك المأمومة والمنقلة وأما
ان لم ينخرق الجلد حتى يتصل ذلك ولو كانت ضربة واحدة حتى تصير تلك الضربة مواضح فان كان ما بين ذلك ورما أو جرحا لا يبلغ
العظم أو صارت الضربة مناقل وما بين المناقل مثـل ذلك أو صارت الضربات موائم وما بينها مثـل ذلك ولم يخرق ذلك فله دية تلك
المواضح والمناقل والموائم (والدية فى العقل) ابن شاس النوع الثالث من الجنايات ما يفوت المنافع والنظر فى عشر منافع الاول
العقل اذا أزاله بالضرب فدية واحدة * ابن رشد وان نقص بعضـه فبحساب ذلك (أو السمع) فى الموطأ بلغنى ان فى الأذنين اذا
ذهب سمعهما الدية كاملة اصطلمتا أو لم تصطلما ومن المـدونة انما الدية فى السمع لا فى الأذنين * ابن رشد انما الدية فى السمع لا فى
الاذنين وان ذهبتا والسمع باق فانما فيهما حكومة (أو البصر) ابن شاس فى ابطال البصر من العينين مع بقاء الحدقتين كمال الدية
(أو الشم) ابن عرفة فى الأنف الدية كاملة وأما الشم فقال أبو الفرج فيه الدية كاملة وروى أبو الفرج فيه حكومة (أو
النطق) من المـدونة اذا قطع اللسان من أصله ففيه الدية كاملة وكذلك ان قطع منـه ما منـع الـكلام وان لم يمنع من الـكلام شيأ
ففيه الاجتهاد بقدر شينه ان شانه وانما الدية فى الـكلام فى اللسان كالاذنـين انما الدية فى السمع لا فيهما (أو الصوت) ابن عرفة
وفى الصوت الدية (أو الذوق) اللخمى وفى الذوق الدية قياسا على الشم ونقله ابن زرقون عن ابن رشد (أو قوة الجماع) ابن عرفة
اذهاب الجماع فيه الدية قاله ابن زرقون عن المذهب (ونسله) ابن عرفة ذهاب النسل قال اللخمى فيه الدية (أو تجذيمه أو تبريصه
أو تسويده) اللخمى تجب الدية اذا أجـذمه أو أبرصه أو سقاه ما يسود أو جسمه أو وجهه (أو قيامه وجلوسه) ابن شاس لو ضرب

ثلاثة أصابـع ولا حكومة له اه وقال فى المدونة فى أواخر كتاب الجراح اذا ذهبت أصبـع من الـكف
بأمر من الله سبحانه و بجناية وقع فيها قصاص أو عقل ثم أصيبت الـكف خطأ ففيها أربعة أخماس الدية
ولو ذهبت منها أنملة اقتص منهـا القوصص بهـا فى دية الـكف ومن قطع كفا خطأ وقد ذهب بعض
أصابعها فانما عليه بحساب ما بقى من الاصابع فى الـكف وان لم يبق فى الـكف الا أصبع واحدة
فعليـه فى الاصبع ديتها واستحسن فى الـكف حكومة ومن قطع كف رجل عمـدا وقد ذهب منها
أصبعان أو ثلاثة بأمر من الله عز وجـل أو بجناية وقطع فيها قصاص أو عقـل لم يقتص منه ولـكن
عليه العقل فى ماله ولو ذهب منها أصبـع واحدة قطعت يده قصاصا سواء كانت الابهام المقطوعة أو
غـيرها انتهى ص ﴿ والقيمة للعبد كالدية ﴾ ش قال فى أوائل كتاب الديات من المدونة وفى
مأمومة العبـد وجائفته فى كل واحـدة ثلث قيمته وفى منقلته عشر قيمته ونصف عشر قيمتـه وفى

صلبه فبطل قيامه وجلوسه وجب كمال الدية وان بطل قيامه فقط فروى ابن القاسم ان فيه كمال الدية (أو الاذنين) انظر هذا مع ماتقرر عند قوله أو السمع وقال ابن شاس النوع الثانى القطع المبين للاعضاء وذوات الدية من الاعضاء اثنا عشر الاول الاذنان فى كل واحدة نصف الدية فى احدى الروايتين وفى الرواية الأخرى ليس فيها سوى حكومة * ابن عرفة ثالث الاقوال فى الاذنين حكومة مطلقا وهذا هو المشهور (أو الشوى) ابن الماجشون فى الشوى وهى جلدة الرأس الدية كاملة (أو العينين أو عين الاعور للسنة بخلاف كل زوج فان فى أحدهما نصفه) قال ابن شاس فى احدى العينين اذا فقدت نصف الدية فى عين الأعور الدية كاملة ومن المدونة ليس الدية فى شئ واحد مما هو زوج وفى الأسنان مثل اليدين والرجلين الا فى عين الاعور فقط لما جاء فيها من السنة وانما فى كل واحد من ذلك نصف الدية (وفى اليدين) ابن شاس فى اليدين مع الكفين كمال الدية (وفى الرجلين) ابن شاس الرجلان كاليدين (ومارن الأنف والحشفة وفى بعضها بحسابها فيهما) من المدونة فى الأنف الدية كاملة قطع من المارن أو من أصله كالحشفة فيها الدية كما فى استئصال الذكر واذا قطع بعض الحشفة فمن الحشفة يقاس لا من أصل الذكر فانقص منها ففيه بحسابه من الدية وكذلك ماقطع من الانف انما يقاس من المارن (لا من أصله وفى الانثيين مطلقا) من المدونة ان قطعت الأنثيان مع الذكر ففى ذلك ديتان وان قطعتا قبل الذكر أو بعده ففيهما الدية وان قطع الذكر قبلهما أو بعدهما ففيه الدية ومن لا ذكر له ففى أنثييه الدية ومن لا أنثيين له ففى ذكره الدية والبيضتان عند مالك سواء اليسرى واليمنى فى كل واحدة منهما نصف الدية (وفى ذكر العنين قولان) ابن شاس فى ذكر العنين والخصى دية وقيل حكومة * ابن عرفة فى مختصر الوقار فى ذكر العنين حكومة وعلى أحد قولى مالك الدية كاملة ويختلف فى الحصور راجع ابن عرفة (وفى شفرى المرأة ان بدأ العظم) ابن عرفة شفرى المرأة قال الاخوان ان سلتا حتى بدا العظم ففيهما الدية هما أعظم من ذهاب ثديها (وفى ثديها) ابن عرفة ثديا المرأة فى المدونة مع غيرها فيهما الدية وفى كل واحد نصفها (أو حلمتيهما ان بطل اللبن) من المدونة ان قطع حلمتيهما فان كان قد أبطل مخرج اللبن أو أفسده ففيه الدية (واستؤنى بالصغيرة) من المدونة ان قطع ثديا الصغيرة فان استؤنى انه أبطلهما فلا تعود أبدا ففيهما الدية وان شك فى ذلك وضعت الدية واستؤنى بها كسن الصبى فان نبتا فلا عقل لها وان لم ينبتا أو سطرت فيبست أو ماتت قبل أن يعلم ذلك ففيهما الدية (وسن لصغير لم يثغر) من المدونة من طرح سن صبى لم يثغر خطأ أوقف عقله بيد عدل فان عادت لهيئتها رجع العقل الى مخرجه وان لم تعد أعطى الصبى العقل كاملا وان هلك الصبى قبل أن تنبت سنه فالعقل لورثته وان نبتت أصغر من قدرها الذى قلعت منه كان له من العقل قدر مانقصت ولو قلعت عمدا أوقف له العقل أيضا ولا يعجل بالقود حتى يستبرأ أمرها فان عادت لهيئتها فلا عقل فيها ولا قود وان عادت أصغر من قدرها أعطى مانقصت فان لم تعد لهيئتها حتى مات الصبى اقتص منه وليس فيها عقل وهو بمنزلة مالم ينبت (للاياس) ابن شاس ان مات الصبى ورث العقل عنه وكذلك لو يبس من نباتها لأخذه الصبى (كالقود) تقدم نص المدونة لو قلدت عمدا أوقف له العقل أيضا خلافا لسحنون (والانتظر سنة وسقط ان عادت وورثا ان مات) ابن الحاج وسن الصبى لم يثغر يوقف عقلها الى اليأس كالقود والانتظر بهما سنة فان نبتتا سقطتا فان مات الصبى ورث القود والعقل * أشهب فان كان قد أثغر عجل العقل فى الخطأ والقود فى العمد (وفى عود السن أصغر بحسابها) انظر قبل قوله للاياس (وجرب العقل فى الخلوات) المذهب فى العقل الدية * ابن رشد فان نقص بعضه ففيه بحساب ذلك * اللخمى فيقوم عبدا سليم العقل ثم يقوم عبدا لا تمييز معه ثم يقوم على هذه

موضحته نصف عشر قيمته وفيما سوى ذلك من جراحاته مانقصه بعد برئه اه فان برئت الجراحات المذكورة على شين فاختلف هل يزاد لاجل الشين أو لا يزاد ويكون الواجب فيها حينئذ مانقصه فى ذلك ثلاثة أقوال ذكرها فى المقدمات وانظر الشيخ أبا الحسن والله أعلم ص ﴿وسن الصغير لم يثغر للاياس كالقود والا انتظر سنة﴾ ش يعنى أن سن الصغير اذا قلعت قبل الاثغار خطأ أو عمدا لم يعجل فيها القود ولا الدية حتى يؤيس من نباتها فقوله كالقود تشبيه لافادة الحكم وقيد اللخمى وقف العقل بغير المأمون وأما الجانى المأمون فلا يوقف وظاهر قوله أنه يوقف جميع عقلها وهو كذلك خلافا لسحنون وقوله والا انتظر سنة قال ابن عبد السلام فى شرح قول ابن الحاجب والا انتظر بها سنة يعنى أنه اذا جاوز السن الذى لا ينبت فيه ولم تنقض سنة انتظرت بقية السنة ووجبت الدية فى الخطأ والقصاص فى العمد انتهى وانظر ضبط يثغر والاثغار فى التوضيح ص ﴿وسقط ان عادت﴾ ش يعنى انه اذا عادت سن الصغير سقط القود والعقل وأما الكبير اذا قضى له بعقل

الصورة من العقل * ابن عرفة فيقوم ثلاث قيم ومن عادة شارحي ابن الحاجب نقل كلام اللخمي وهاهنا لم يتعرضا لكلامه بحال فلعله بصعوبة فهمه راجعه فيه (والسمع بأن يصاح من أماكن مختلفة مع سد الصحيحة ونسب لسمعه الآخر والافسمعه وسط وله بنسبته ان حلف ولم يختلف قوله والا فهدر) ابن الحاجب ما نقص من السمع بحسابه ويعرف بأن يصاح من مواضع عنده مختلفة مع سد الصحيحة فان لم يختلف قوله حلف ونسب لسمعه الآخر والا فسمع وسط فان اختلف فقيل لا شئ عليه وقيل له الاقل وقاله أشهب انظره فيه والذي لابن يونس عن أشهب انه ان اختلف قوله بأمر بين لم يكن له شئ وقال أصبغ هذا قول مالك وأصحابه راجع ابن عرفة (والعين باغلاق الصحيحة كذلك) من المدونة اذا أصيبت العين فنقص بصرها اغلقت الصحيحة ثم جعل له بيضة أو شئ في مكان يختبر به منها بصر السقيمة فاذا رآها حولت الى موضع آخر فان تساوت الأماكن أو تقاربت قيست الصحيحة ثم أعطى بقدر ما انتقصت المصابة من الصحيحة والسمع مثله يختبر بالاماكنة أيضا حتى يعرف صدقه من كذبه وان ادعى المضروب أن جميع بصره أو سمعه ذهب صدق مع يمينه والظالم أحق من حمل عليه ويختبران قدر على ذلك بما وصفنا (والشم برائحة حادة وفي النطق بالكلام اجتهاد) ابن شاس في ابطال النطق كمال الدية ولو بقي فائدة الذوق والاعانة على المضغ وتقدم نص المدونة انما الدية في الكلام لا في اللسان فان قطع من لسانه ما ينقص من حروفه فعليه بقدر ذلك ولا يحتسب في الكلام على عدد الحروف رب حرف أثقل من حرف في النطق ولكن بالاجتهاد فيما نقص من كلامه (والذوق بالمنفر) ابن الحاجب يجرب الذوق بالمر المنفر * ابن عرفة هذا نص الغزالي (وصدق مدعي ذهاب الجميع بيمين) من المدونة قال ابن القاسم ان ادعى المضروب ان جميع سمعه أو بصره قد ذهب ولم يقدر على اختباره على حقيقة وأشكل أمره صدق المضروب مع يمينه وقاله مالك وقال الظالم أحق أن يحمل عليه ابن عرفة يريد بالظالم (٢) (والضعيف من عين ورجل (٢٦٢) ونحوهما خلقة كغيره) من المدونة العين الضعيفة البصر واليد والرجل كذلك من خلقة الله أو بأمر من السماء في كل منهما الدية كاملة (وكذا المجني عليها ان لم يأخذ عقلا) من المدونة قيل لابن القاسم كم في الرجل العرجاء فقال العرج مختلف وما سمعت من مالك فيه شيأ الا أني سمعته يقول كل شئ من الانسان اذا أصيب منه شئ فانتقص ثم أصيب ذلك الشئ بعد فانما له على حساب ما بقي من ذلك العضو قال مالك وما كان من خلقة خلقها الله لم ينتقص منه شئ ومثل استرخاء البصر والعين الرمدة يضعف بصرها أو ضعف يد أو رجل من كبر أو علة الا أنه يبصر بالعين ويستمتع بيده ورجله ويبطش بيده ففي هؤلاء الدية كاملة وكذلك الذي يصيبه أمر من السماء مثل العرق يضرب في رجل رجل فيصيبه منه عرج أو رمد في العين الا أنه يمشي على الرجل ويبصر بالعين وقد مسها ضعف ففيها ان أصيبت دية كاملة ولو كان ضعف هذه العين أو اليد أو الرجل بجناية خطأ أخذ فيها عقلا ثم أصيبت بعد ذلك فانما له ما بقي من العقل قال ابن القاسم والعرج عندي مثل هذا قال في باب بعد هذا فان لم يأخذ لها عقلا فعلى من أصابها بعد ذلك العقل كاملا ابن يونس واختلف قول مالك اذا لم يأخذ لنقص ذلك عقلا فقال مرة يحاسب الجاني لنقص ذلك وقال مرة لا يحاسب ويكون عليه العقل كاملا تاما فاما ان كان أخذ لنقصان ذلك شيأ فانه يحاسب بلا اختلاف من قوله هذا ظاهر المدونة قال وأما لو كان الذي أصيب به بعد ذلك عمدا اقتص منه ولم يحاسب بخلاف الدية (وفي لسان الناطق) التلقين وفي اللسان الدية فاما ان قطع بعضه فان منع جملة الكلام ففيه الدية * ابن شاس وفي لسان الاخرس حكومة (وان لم يمنع النطق ما نقصه فحكومة كلسان الاخرس) من المدونة ان قطع اللسان من أصله ففيه الدية كاملة ان ذهب الكلام وان قطع منه ما منعه الكلام ففيه الدية كاملة وان لم يمنعه من الكلام شيئا ففيه الاجتهاد بقدر شينه ان شانه وانما الدية في الكلام لا في اللسان * ابن شاس وفي لسان الاخرس حكومة أنظر هذا مع ما تقدم ان في الذوق الدية (واليد الشلاء) قال أصحاب مالك عنه الجمع عليه عندنا ان ليس في العين القائمة التي ذهب بصرها ان فقئت وفي اليد الشلاء تقطع الا الاجتهاد وكذا ذكر الخصي ولسان الاخرس من ابن عرفة (أو الساعد) ابن الحاجب الحشفة كالذكر فلو قطع عسيبه بعدها فحكومة كالكف بعد الاصابع (وأليتي المرأة) ابن عرفة الأليتان فيهما من الرجل والمرأة حكومة قال ابن القاسم وابن وهب في أليتي المرأة حكومة وقال أشهب فيهما دية كاملة (وسن

سنه ثم عادت أو اذنه ثم عادت بعد الحكم فلا يرد شيأ اتفاقا وان ردتا منه قبل الحكم وعادتا ففي ذلك ثلاثة أقوال ومذهب المدونة انه يقضى بالعقل فيها وأما القود في العمد فلا خلاف في انه يقاد منه ولو عادت السن أو الأذن قال في البيان ونقله ابن عرفة قبل الكلام على الاحق بالدم ونقله في التوضيح والله أعلم (فرع) فان قلعت سن الصغير بعد الاثغار ونباتها أخذ الدية معجلة نقله ابن عرفة

مضطر به جدا) ابن الحاجب فى السن المضطر به جدا الاجتهاد (وعسيب ذكر بعد الحشفة) من المدونة من قطعت حشفته فأخذ الدية ثم قطع عسيبه ففيه الاجتهاد (وحاجب وهدب) ابن عرفة قول ابن الحاجب وغير ذلك مما كان فيه جمال فحكومة كاشفار العينين والحاجبين واللحيـة والرأس اذا لم ينبت هو قولها مع غيرها (وظفر وفيه القصاص) من المدونة ليس فى أشفار العين وجفونها الا الاجتهاد وكذلك اللحية وكذلك الحاجبان اذا لم ينبت وليس فى عمد ذلك القصاص وفى الظفر القصاص الا ان يقلع خطأ فلاشئ فيه فان برئ على عثم ففيه الاجتهاد (وافضاء) ابن عرفة الافضاء ازالة الحاجز بين مخرج البول ومحـل الجماع من المدونة مع غيرها فيـه ماشانها بالاجتهاد * الباجى ان فعل ذلك باجنبية فعليه حكومة فى ماله وان جاوزت الثلث مع صداق المثل والحد ولو فعله بزوجتـه فقال ابن القاسم ان بلغ الثلث فعلى العاقلة والا ففى ماله (ولا يندرج تحت مهر بخلاف البكارة) من المدونة ان زنا بامرأة فافضاها فلاشئ عليـه ان أمكنته من نفسها (٢٦٣) وان اغتصبها فلها الصداق مع ماشانها * ابن عرفة ظاهره اندراج البكارة فى المهر بخلاف الشين لأن زوال البكارة من لوازم الوطء بخـلاف الافضاء (الاباصبعه) ابن الحاجب زوال البكارة بأصبعه فيه حكومة والزوج وغـيره فيهما سواء * ابن شاس لو أزال بكارة زوجته بأصبعه ثم طلقها فعليـه قدر ما شـانها مع نصف الصداق (وفى كل أصبـع عشر والانملة ثلث الا فى الابهام فنصفه) ابن شاس فى كل أصبـع عشر من الابل فلو قطع الـكف مع السـاعد أو مع المرفق والعضـد أو جميـع ذلك اندرجت الحـكومة وفى كل أنملة ثلث العشر الا فى الابهام فهو أنملتـان فى كل واحـد منهما نصف الارش قال سحنون ورجع مالك الى أن فى الابهام ثلاث أنامل وأخذ أصحابه بقوله الاول * البـاجى وجه قوله الاول انه لو لزم فى بقية الابهام الذى فى الـكف دية للزم فى سائر الاصابـع ان يكون لها فى مثل ذلك دية أنملة رابعة (وفى الانملة الزائدة القوية عشر ان أفردت)ولو قال عشر مطلقا والا فحكومة ان انفردت لتنزل على ما يتقرر فى العتبية قال ابن القاسم فيمن له ست أصابـع ان كانت السادسة قوية ففيها عشر ولو قطعت عمدا ذلا قصاص وفى كل يد هاستون وان كانت ضعيفة ففيهـا حكومة ان انفردت وان قطعت يده فلا يزاد لهذه السادسـة الضعيفة شئ وأما ان قطعت يده عمدا فله ان يقتص ويأخذ دية السادسة ان كانت قوية انتهى أنظر هذا مع قوله وتقطع اليد الناقصة أصبعا بالـكاملة فلا غرم * ابن رشد صفة الحـكومة فيها ان ينظر كم ينقص ذهابها من قيمته لو كان عبدا فيؤخذ ذلك القدر من ديته (وفى كل سن خمس) من المدونة فى كل سن من الانسان خمس من الابل الاسنان والاضراس سواء * ابن رشد الاسنان اثنا عشر سـنا أربع ثنايا وأربع رباعيات وأربـع أنياب والاضراس عشرون أربـع ضواحك واثنا عشر رحى ثلاث فى كل شق وأربـع نواجذ

وغيره ص ﴿ بخلاف البكارة ﴾ ش أى فانها تندرج تحت المهر فاذا وطئ بكرا أو افتضها غصبا فعليه صداقها كما صرح به فى النوادر فى كتاب الزنا وهو معنى قول ابن الحاجب هنا والزوج وغيره سواء وأظنه فى المدونة ص ﴿ الا بأصبعه ﴾ ش يعنى الا اذا أزال البـكارة بأصبعه فانها لا تندرج فى المهر قال ابن رشـد فى سماع سحنون من كتاب النـكاح اذا فعل ذلك بغير زوجته فلا خلاف ان عليه ماشانها عند الازواج مع الأدب فاما اذا فعل ذلك بزوجته فقال ههنا لاشئ عليه معناه انه ليس عليـه أدب الا ماشانها به ان أمسكها ولم يطلقها ولا يجب عليه بذلك جميـع صداقها ان طلقها قبـل أن يمسها بل يكون عليه ان فعل ذلك ماشانها فعله عند غيره من الازواج وفى سماع أصبـغ من ابن القاسم ان ذلك من الزوج كالوطء يجب به جميـع الصداق وقال أصبـغ القياس انه فى الاصبـع وغيره سواء بل انه يجب عليه بذلك ان طلقها قبل أن يمسها ماشانها به عند غيره من الأزواج لا فى وجوب الأدب فقول أصبغ فى سماعه مثل قول ابن القاسم هنا اه وقال ابن شاس لو أزال بكارة زوجته بأصبعه ثم طلقها فعليه قدر ماشانها مع نصف الصداق وينظر ماشانها عند الازواج فى مالها وجمالها اه وقال ابن الحاجب ولو أزال البـكارة بأصبعه فحـكومة قال فى التوضيح فعـلى الزوج حكومة وعليـه نصف الصـداق ان طلق وهو القياس عنـد أصبـغ ولابن القاسم لها الصـداق كاملا اه وظاهره أن الحـكومة تجب على الزوج ولو لم يطلق وهو خلاف ماتقدم عن ابن رشد فيقيد كلام التوضيح بان ذلك بعد الطلاق وكلام ابن الحاجب بعـده يقوى الابهام لانه قال بعـده والزوج وغيره فيهما سواء قال فى التوضيح أى فى الافضاء والبـكارة سواء أى فى لزوم الدية والحـكومة على القولين فى الافضاء ولزوم الحـكومة فى البـكارة انتهى فيقيد كلامه بكلام ابن رشـد وانظر المسـئلة أيضا فى رسم الرطب باليابس من سماع ابن القاسم من كتاب الجنايات ص ﴿ وفى كل سن خمس من الابل ﴾

لجميع دياتها على قول مالك مائة وستون بعيرا * اللخمى النواجذ سن الحلم التى يخرج أقصاها بعد الكبر (وان سوداء) من المدونة فى السن السوداء خمس من الابل مثل الصحيحة وفى الموطأ ان اسودت السن ثم عقلها فان طرحت بعد ما اسودت ففيها عقلها أيضا ونقله الجلاب والتلقين عن المذهب (بقلع أو اسوداد أو حمرة أو صفرة ان كان عرفا كالسواد) ابن شاس فى كل سن خمس قلعت من أصلها أو بقى سنخها * ابن الحاجب قلعت من أصلها أو من لحمها بقلعها أو باسودادها أو بهما ومن المدونة قيل ان ضرب به فاسودت سنه أو اصفرت أو احمرت أو اخضرت قال ان اسودت ثم عقلها والحمرة والخضرة والصفرة ان كان ذلك كالسواد ثم عقلها والا فعلى حساب ما نقص (وباضطرابها جدا) من المدونة ان ضربت سنه فتحركت فان كان اضطرابا شديدا ثم عقلها وان كان ضعيفا عقل بقدره وفى الموازية وينتظر بالشديدة الاضطراب سنة (وان نبتت لكبير قبل أخذ عقلها أخذه) من المدونة من طرحت سنه عمدا فثبتت فله القود فيها والاذن كذلك ولو رد السن فى الخطأ فثبتت كان له العقل (كالجراحات الاربعة) ابن شاس هى الموضحة اذا برئت وعادت لهيئتها لم يسترد ارشها وكذلك سائر الجراحات الاربع وكذلك لو جرح ثانية فى الموضع نفسه لكان فيه دية أيضا (ورد فى عود البصر) ابن شاس اذا عاد البصر استردت ديته عند ابن القاسم (وقوة الجماع) ابن عرفة قول ابن شاس ان رجعت اليه قوة الجماع رد ديته صوابا (ومنفعة اللبن) اللخمى ان أفسد مخرج اللبن ولم يقطع من الثديين شيأ وجبت ديتهما عند مالك فلو عاد اللبن ردت اليه * ابن عرفة ظاهر أقوالهم فساده من العجوز كغيرها وفى المدونة ليس فى ثديى الرجل الا الاجتهاد (وفى الأذن ان ثبتت تأويلان) قال مالك فى المدونة من قطعت أذنه عمدا فردها فثبتت فله القود فيها والسن كذلك ولو رد السن فى الخطأ لكان (٢٦٤) له العقل ومن العتبية قال ابن القاسم من قطع أذن رجل فردها فثبتت فان عادت لهيئتها فلا عقل له فيها وان كان فى ثبوتها ضعف فله بحساب ما يرى من نقص قوتها قيل له فالسن تطرح ثم يردها صاحبها فثبتت قال يغرم عقلها تاما والفرق بينهما أن الاذن اذا ردت استمسكت وعادت لهيئتها وجرى فيها الدم والسن لا يجرى فيها دم ولا تعود كما كانت أبدا وانما ترد للجمال انتهى ما لابن يونس عند مالك وابن القاسم ونحوه فى النكت (وتعددت الدية بتعددها) ابن عرفة قول ابن شاس لو ضرب صلبه فبطل قيامه وقوة ذكره حتى ذهب منه أمر النساء لم يندرج ووجبت ديتان كقولها من شج رجلا موضحة خطأ فذهب من ذلك سمعه وعقله فعلى عاقلته ديتان ودية الموضحة (الا المنفعة بمحلها) قد تقدم ان فى ذهاب قوة الجماع الدية وفى قطع الذكر دية واحدة واندرجت قوة الجماع وقال ابن الحاجب كذلك فى الشم ان فيه الدية ويندرج فى الانف كالبصر مع العين والسمع مع الاذن (وساوت المرأة الرجل لثلث ديته فترجع لديتها) من المدونة المرأة تعاقل الرجل فى الجراح الى ثلث ديته لا تستكمله فاذا بلغته ذلك رجعت الى عقل نفسها وتفسير ذلك ان لها فى ثلاث أصابع ونصف أنملة احدى وثلاثين بعيرا وثلثى بعير والرجل فى هذا وهى سواء واذا أصيب منها ثلاث أصابع وأنملة رجعت الى عقلها فكان لها فى ذلك ستة عشر بعيرا وثلثا بعير وكذلك مأمومتها وجائفتها انما لها فى كل واحدة منهما ستة عشر بعيرا وثلثا بعير وفى الموطأ عن ربيعة قلت لابن المسيب كم فى ثلاث من أصابع المرأة قال ثلاثون قلت وكم فى أربع قال عشرون قلت حين عظم جرحها واشتدت مصيبتها نقص عقلها قال أعراقى أنت قلت بل عالم متثبت أو جاهل متعلم قال هى السنة (وضم متحد الفعل أو فى حكمه أو المحل فى الاصابع فلو تعدد الفعل والمحل فلا ضم) من المدونة يجب ضم قطع أصابع المرأة بعضها للبعض باتحاد يدها أو فى فور ضربها والا فلا وحيث يجب فما بلغ به عقلها ثلث عقل الرجل رجعت لعقلها وما لا يبلغه منها فيه عقله وما يضم اعتبر كأنه أول * ابن عرفة وقول ابن عبد السلام لا ينطبق قول ابن الحاجب على هذا المعنى راجعه فيه قال ولا يشترط فى ضم الاصابع باتحاد الضربة كون ضمها مثلها بل لو كان لغير مثلها فكذلك لو ضربت يدها على رأسها فقطع لها أصبعان وشجت منقلة رجعت فى ذلك الى عقلها وقال مالك ان قطع لها ثلاثة أصابع من

ش قال فى المتيطية فى كل سن خمس من الابل وهى خمسون دينارا على أهل الذهب وستمائة درهم على أهل الورق (فرع) اذا أخذت دية السن أو الأصابع والجراح من الابل فتؤخذ مخمسة من الأصناف الخمسة بنات المخاض وبنات اللبون وبنو اللبون والحقات والجذعات قاله فى النوادر ص * واسوداد * ش فان انقلعت ففيها دية أخرى قاله فى التوضيح فانظره ص * فان ثبتت لكبير * ش أى فان ثبتت سن الكبير بعد قلعها وقبل أن يأخذ عقلها فانه يأخذ العقل وهذا اذا قلعت السن وأما لو اضطربت جدا ثم ثبتت فانه لا شئ فيها كما يفهم ذلك من كلام التوضيح فى شرح

كف واحد فلها ثلاثون من الابل ثم ان قطع لها من تلك اليد أصبع أو الاصبعان الباقيان فليس لها فى كل أصبع من هذين الا خمس من الابل قال ولو قطع لها ثلاث أصابع فأخذت ثلاثين بعيرا ثم قطع لها من اليد الاخرى ثلاثة أصابع فى مرة أو مرتين ألا ترى فيها الحكم كالاولى فيكون لها فى الثلاث أصابع ثلاثون بعيرا ولو ضرب رجل امرأة ضربة واحدة قطع لها أربعة أصابع أصبعين من هذه اليد وأصبعين من هذه اليد لكان لها عشرون بعيرا * ابن يونس كما لو قطعها من يد واحدة ثم لو ضربها أيضا رجل ضربة واحدة فقطع أصبعين أصبعا من هذه اليد وأصبعا من اليد الاخرى لكان لها عشرون من الابل عشرة فى كل أصبع ثم لو ضربها بعد ذلك رجل ضربة فقطع لها أصبعين من هذه اليد وأصبعا من اليد الاخرى لكان فيه خمس من الابل ولو ضرب رجل امرأة فقطع لها أربعة أصابع ثلاثة من هذه اليد وأصبعا من اليد الاخرى لكان لها عشرون بعيرا خمس لكل أصبع ثم لو ضرب بعد ذلك رجل ضربة واحدة فقطع لها أصبعين أصبعا من هذه اليد وأصبعا من اليد الاخرى لأخذت عشرة أبعرة فى الاصبع المقطوعة من اليد التى كان انقطع منها قبل ذلك أصبع وتأخذ خمسة أبعرة فى الاصبع من اليد الاخرى والرجلان فى هذا مثل اليدين قال ابن القاسم ولو قطع لها ثلاثة أصابع عمدا ثم قطع لها الاصبعان الباقيان من تلك اليد خطأ لكان لها فيها عشرون بعيرا انما يضاف بعض الاصابع الى بعض فى الخطا (لا الاسنان) ابن المواز واختلف قول ابن القاسم فى الاسنان فجعلها مرة كالاصابع تحسب بما تقدم الى ثلث الدية والذى رجع اليه ان فى كل سن خمسا من الابل ولا تحاسب بما تقدم وان أتى على جميع الاسنان ما لم يكن فى ضربة واحدة بخلاف الاصابع قال أصبغ وهذا أحب الى وعبارة ابن عرفة تضم الاسنان باتحاد الضربة واختلف قول ابن القاسم فى ضمها باتحاد محلها * أصبغ عدم الضم أحب الى واختاره محمد (والمواضح والمناقل) من ابن يونس لو ضربها منقلة ثم منقلة فلها فى ذلك ما للرجل اذا لم يكن فى فور واحد وكذلك لو كانت المنقلة الثانية فى موضع الاول نفسه بعد برئها فلها فيها مثل ما للرجل وكذلك المواضح ولو أصابها فى ضربة بمناقل أو بمواضح تبلغ ثلث الدية رجعت فيها الى عقلها يريد وكذلك لو كان ذلك فى فور واحد كالسارق ينقل من الحرز قليلا قليلا فى فور واحد اما لضعفه أو لئلا يقطع فهى سرقة واحدة قال مالك اذا كان الضرب فى فور واحد فهو كضربة واحدة الا أن يريد ضربة واحدة ثم يبدو له فيضرب أخرى (وعمد لخطأ وان عفت) تقدم نص المدونة قبل قوله لا الاسنان انه لا يضم عمد لخطا (ونجمت دية الحر فى الخطا بلا اعتراف على العاقلة والجانى) من المدونة ان قتل مسلم ذميا خطأ حملت عاقلته الدية فى ثلاث سنين * ابن شاس والديات كلها دية المسلم والمسلمة والذمى والذمية والمجوسى والمجوسية اذا وقعت تحملها العاقلة فى ثلاث سنين قال مالك و يؤدّى الجانى مع العاقلة * ابن شاس وما اعترف به الجانى حمله ولا تحمله عاقلته (ان بلغت ثلث دية المجنى عليه أو الجانى) من المدونة الاصل فى هذا ان الجناية اذا بلغت ثلث دية الجانى والمجنى عليه حملته العاقلة فاذا قطع مسلم أصبع مسلمة حمل ذلك عاقلته لأن ذلك أكثر من ثلث ديتها وما لم يبلغ فحال عليه * ابن عرفة ما دون الثلث فى مال الجانى حالة قاله فى المدونة كعمد الرسالة لا تحمل العاقلة عمدا ولا اعترافا به قال مالك اذا أقر بقتل الخطأ ثم رجع عن اقراره قبل منه واذا أقر بقتل العمد ثم رجع لم يقبل منه قال عبد الوهاب فى الموضعين فهو رجوع عن اقرار بقتل * ابن الحاجب الدية فى العمد وفيما

قول ابن الحاجب واشتدادا اضطرابها فيمن لا يرجى كقلعها فانه قال قال ابن القاسم و يستأنى بها سنة اه ص ﴿على العاقلة والجانى﴾ ش ما ذكره من دخول الجانى هو المشهور وقيل لا يدخل ابن عرفة وعليه ان لم تكن عاقلة تسقط الجناية وعلى الاول ان لم يجد من يعينه فيها عادت عليه وقيل على بيت المال فان لم يكن أو عسر تناولها كانت عليه اه والقول الثانى من هذين القولين المفرعين على الاول وهو الجارى على كلام المؤلف والله أعلم (فرع) لا تحمل العاقلة جناية العبد قال فى التوضيح لانه ان جنى عمدا اقتص منه وان جنى خطأ ففى رقبته اه وكذا لا تعقل العاقلة من قتل نفسه وكذلك الصلح قال فى التوضيح لانه ان كان عما يلزم العاقلة من دية الخطأ فمن حق العاقلة ان ترده ان شاءت وان كان عن عمد فلا يلزمها الأصل ولا الفرع اه ص ﴿ان بلغ ثلث دية المجنى عليه أو الجانى﴾ ش هذا هو المشهور قال فى التوضيح وحكى اللخمى عن أشهب أن العاقلة لا تحمل الا ما زاد على الثلث انتهى وفهم من هذا الشرط أن الغرة لا تحملها العاقلة وهو المشهور قال ابن الحاجب فى مال الجانى قال فى التوضيح هذا مذهب المدونة وروى أبو الفرج ان العاقلة تحملها الا انها دية شخص قائم بنفسه والاول يقيد بأن لا يكون ثلث دية الجانى ففى المدونة وان ضرب

يقطع يمنى رجل فدية الرجل في مال الجاني ولا يقتص من اليسرى باليمين (لامالا يقتص فيه من الجرح لاتلافه فعليهما) من المدونة عقل الجائفة والمأمومة عمدا على العاقلة ولو كان للجاني مال وعلى هذا ثبت مالك ابن القاسم وبه أقول (وهي العصبة) الجلاب العاقلة هم العصبة قربوا أو بعدوا ولا يحمل النساء ولا الصبيان شيأ من العقل وليس لأموال العاقلة حد اذا بلغته عقلوا ولا لما يؤخذ منهم حد ولا يكلف أغنياؤهم الاداء عن فقرائهم ومن لم تكن له عصبة فعقله في بيت مال المسلمين والموالي بمنزلة العصبة من القرابة ويدخل في القرابة الابن والاب سحنون ان كانت العاقلة ألفا فهم قليل فيضم اليهم أقرب القبائل اليهم (وبدئ بالديوان ان أعطوا) ابن شاس اذا كان القاتل من أهل ديوان مع غير قومه حملوا عنه دون قومه * أشهب وهذا في ديوان عطاؤه قائم (ثم بها الاقرب فالاقرب) اللخمي ان كانت عاقلته قليلة حمل عليهم ما يحملونه ومابقي على بيت المال * ابن عرفة واذا عجز أهل الديوان عن حمله استعانوا بالعصبة وروى ابن وهب ان لم يكن ديوان جعل على فخذ الجاني ان كان بينهم محمل والاضم اليهم الاقرب فالاقرب من قبائلهم ان كانوا أهل بلد واحد (ثم الموالي الاعلون ثم الاسفلون

مجوسي أو مجوسية بطن مسلمة خطأ فألقت جنينا ميتا حمله عاقلة الضارب اهـ (فرع) لو جنى عليه مالا تحمله العاقلة فسرى الى ماتحمله حملت الجميع قال ابن الحاجب ولو شجه موضحة خطأ فذهب سمعه وعقله فديتان ونصف عشر على العاقلة وكذلك لو شجه موضحة ومأمومة بضربة واحدة قال في التوضيح نحوه في المدونة هو ظاهر على مذهب مالك الذي يرى العقل في القلب وأما على قول عبد الملك فاذا كانت الموضحة في اللحم الاعلى من الوجه سقطت دية الموضحة اهـ لانه يرى ان محل العقل الرأس تسقط دية الموضحة لاندراجها في دية العقل لاتحاد المحل وكلام المؤلف مخالف لكلام ابن عبد السلام اذ قال مانصه هذا ظاهر على قول من يرى ان محل العقل القلب امامن يراه الدماغ فينظر في الموضحة فان كانت في الفك الاعلا من الوجه فكذلك وان كانت في الدماغ فيستغني بدية العقل عن دية الموضحة وليس مراد المؤلف هنا تحقيق هذا المعنى وانما مراده ان الضربة الواحدة اذا كان عنها جرحان أو جراحات يقصر بعضها عن ثلث الدية وكان في المجموع مايبلغ ثلث الدية فأكثر ان العاقلة تحمله ولهذا اعقب هذا الكلام بقوله وكذا لو شجه موضحة انتهى قال في آخر كتاب الجراح من المدونة ومن شج رجلا ثلاث مأمومات في ضربة واحدة ففيها الدية كاملة وان شجه ثلاث منقلات في ضربة واحدة حملته العاقلة لان هذا يبلغ أكثر من الثلث وان كان ذلك في ثلاث ضربات كان ضربا متتابعا لم يقلع عنه فهو كضربة واحدة تحمله العاقلة وان كان مفرقا في غير فور واحد لم تحمله العاقلة انتهى ثم قال في التوضيح واحترز بقوله خطأ مما لو كانت عمدا فانه يقتص له من الموضحة فان ذهب عقل المقتص منه وسمعه فواضح وان لم يذهب ذلك فدية ذلك في مال الجاني وقوله بضربة واحدة احتراز من ضربتين فان العاقلة لاتحمل الموضحة حينئذ لانها دون الثلث انتهى ص ﴿ودية غلظت﴾ ش قال في المسائل الملقوطة الدية المغلظة تكون في شبه العمد وهو ضرب الزوج والمؤدب والأب في ولده والأم والاجداد وفعل الطبيب والخاتن وهو كل من جاز فعله شرعا وقيل اللطمة والوكزة والرمية بالحجر والضرب بعصاة متعمدا فهذا شبه العمد لايقتص منه وتكون فيه دية مغلظة انتهى ص ﴿ثم بها الأقرب فالأقرب﴾ ش قال ابن الحاجب ويبدأ بالفخذ ثم البطن ثم العمارة ثم الفصيلة ثم القبيلة ثم أقرب القبائل (فائدة) أسماء طبقات قبائل العرب ستة الشعب ثم القبيلة ثم العمارة ثم الفخذ ثم البطن ثم الفصيلة وزاد بعضهم العشيرة فالشعب بالفتح كما قاله في القاموس والقرطبي في تفسيره مأخوذ من شعب الرأس بالفتح أيضا وهو شأنه الذي يضم قبائله كما قاله في الصحاح والشأن واحد الشؤن وهو تواصل قبائل الرأس وملتقاها ومنها تجيء الدموع قاله في الصحاح والقبيلة مأخوذة من قبائل الرأس قال في الصحاح وهو العظام المتشعب بعضها الى بعض يصل بها الشؤن وبها سميت قبائل العرب والواحدة قبيلة وهم بنو أب واحد والقبيل الجماعة تكون من الثلاثة فصاعدا من قوم شتى مثل الروم والزنج والعرب والجمع قبيل وقوله سبحانه وحشرنا عليهم كل شئ قبلا وقال الاخفش قبيلا قبيلا وقال الحسن عيانا انتهى وقبائل الرأس أربع قطع الشعب بالفتح من الاضداد قاله

ثم بيت المال ان كان الجانى مسلما) ابن عرفة الرواية واضحة بتأخر درجة المولى الاعلى عن العصبة ثم المولى الاسفل ثم بيت المال ان كان الجانى مسلما قاله فى المدونة (والا فالذمى ذو دينه) روى محمد عاقلة النصرانى واليهودى والمجوسى على أهل اقليمه الذين يجمعون معه فى أداء الجزية ومن المدونة اذا كان عبد نصرانى بين مسلم ونصرانى فأعتقاه ثم جنى جناية فنصفها على بيت المال لا على المسلم لانه لا يرثه ونصفها على أهل خراج الذمى الذين يؤدون معه (وضم ككور مصر والصلحى أهل صلحه) تقدمت رواية ابن وهب ان لم يكن فى فخذ الجانى محمل ضم اليهم الاقرب فالاقرب من قبائلهم ان كانوا أهل بلد واحد مثل مصر والشام ابن سحنون يضم عقد أفريقية بعضهم لبعض من طرابلس الى طبنة ذكر ان طبنة قرب بجاية ومن المدونة لا يعقل أهل مصر مع أهل الشام ولا أهل البدو مع أهل الحضر اذ لا يكون فى دية واحدة ابل ودنانير (وضرب على كل ما لا يضر) ومن المدونة ويحمل الغنى بقدره والفقير بقدره وذلك على قدر طاقة الناس فى يسرهم وروى أيضا عن مالك يحمل كل رجل من العاقلة ربع دينار انظر هذا مع قوله وهل حدها سبعمائة (وعقل عن صبى ومجنون وامرأة وفقير وغارم ولا يعقلون) ابن شاس يشترط فى صفة العاقلة التى تضرب عليهم الدية الحرية والتكليف والذكورة والموافقة فى الدين واليسار فلا تضرب على عبد ولا صبى ولا امرأة ولا مخالف فى الدين ولا يضرب على فقير ان كان يعتمل ابن حبيب وهى على السفيه المولى عليه بقدر حاله (والمعتبر وقت الضرب) ابن حارث اتفقوا على انه لا ينظر الى العاقلة يوم الموت بل يوم الفرض وانها ان فرضت ثم كبر الصبى وأيسر المعدم وأفاق المجنون انه لا يرجع على أحد من هؤلاء بشئ (لا ان قدم غائب) عبد الملك لا يتوقف (٢٦٧) فيما حكم بعد قسمها العدم يحدث بعد ملاء أو يسار بعد عدم أو قدوم غائب أو عتق أو احتلام وقال اللخمى من خرج لحج أو غزو دخل اذا قدم (ولا يسقط بعسره أو موته) ابن شاس ان مات من جعل عليه بقدره لم يزل ما جعل عليه وكذلك لو أعدم ولا يزاد على من أيسر منهم (ولا دخول لبدوى مع حضرى ولا شامى مع مصرى) تقدم نص المدونة بهذا عند قوله وضم ككور مصر (مطلقا) ابن الحاجب لا دخول للبدوى مع الحضرى ان كان من قبيلته عند ابن القاسم كما لا يدخل أهل مصر مع أهل الشام وان كانوا أقارب (الكاملة فى ثلاث تحل بأواخرها من يوم الحكم) ابن شاس أما الاجل فهو فى الدية الكاملة ثلاث سنين يؤخذ ثلثها فى آخر كل سنة زاد ابن الحاجب من يوم الحكم (والثلث والثلثان بالنسبة) عبد الوهاب فى ابعاض الدية روايتان عن مالك الحلول والتأجيل فان ثلثها فى سنة وثلثيها فى سنتين (ونجم فى النصف وثلاثة الارباع بالتثليث ثم للزائد سنة) من المدونة أما نصفها فقال مالك فيه مرة يؤخذ فى سنتين أو سنة ونصف وقال أيضا يجتهد فيه الامام قال ابن القاسم وفى سنتين أحب الى قال وثلاثة أرباعها فى ثلاث سنين وقال فى خمسة أسداسها يجتهد الامام فى السدس الباقى (وحكم ما وجب على عواقل بجناية واحدة كحكم الواحدة)من المدونة اذا قتل عشرة رجال رجلا خطأ وهم من قبائل شتى فعلى كل قبيلة كل رجل عشر الدية فى ثلاث سنين (كتعدد الجنايات عليها) هكذا قول ابن الحاجب وقد تقدم نص المدونة من شج رجلا موضحة فذهب من ذلك سمعه وعقله فعلى عاقلته ديتان ودية الموضحة لانها ضربة واحدة (وهل حدها سبعمائة أو الزائد على الالف قولان) روى الباجى لا حد لعدد من تقسم عليهم الدية من العاقلة وانما ذلك بالاجتهاد وقال سحنون أقلها سبعمائة رجل ابن عات المشهور عنه أى عن سحنون ان كانت العاقلة الفا فهم قليل فيضم اليهم أقرب القبائل اليهم وفى المدونة لم يحد مالك فى ذلك حدا وقد كان يحمل على الناس فى اعطياتهم عن كل مائة درهم ونصف وروى أيضا عنه ربع دينار أنظر قبل قوله وعقل عن صبى

القرطبى وقال فى الصحاح والشعب الصدع فى الشئ واصلاحه أيضا الشعب ومصلحه الشعاب والآلة مشعب انتهى وقيل سميت قبائل لتقابل الانساب فيها والعمارة بالفتح وقد تكسر قاله فى القاموس مأخوذة من عمارة الانسان وهو صدره لانه موضع القلب وهو عمارة الجسد والبطن لان بطون الانسان تحت صدره والفخذ كذلك والفصيلة قال فى الذخيرة وهو ما تحت الفخذ لان به يفصل خلقه من غيره وينقطع آخره انتهى فهذا هو الترتيب المعروف وقال فى الصحاح الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ فقدم الفصيلة قال فى الذخيرة نخالف غيره مع أنه قدم فى باب أن فصيلة الرجل رهطه الاقربون والرهط قبيلة الرجل وقومه التى تنصره قال الله تعالى ولولا رهطك لرجمناك انتهى وعلى ما ذكره الجوهرى تكون الفصيلة كالعنق من الانسان لانه يفصل بين الرأس والجسد قاله فى الذخيرة نخزيمة شعب كنانة قبيلة وقريش عمارة قصى بطن هاشم فخذ العباس فصيلة العشيرة الاخوة والله أعلم وقد نظم ذلك بعضهم

(وعلى القاتل الحر المسلم وان صبيا أو مجنونا أو شريكا اذا قتل مثله معصوما خطأ عتق رقبة) الجلاب الكفارة فى قتل الخطأ واجبة
ابن شاس كل حر مسلم قتل حرا مسلما معصوما خطأ فعليه تحرير رقبة وتجب فى مال الصبى والمجنون ابن عرفة لم أجد هذا فى المذهب
ومن المدونة على كل واحد من الشركاء فى دية واحدة خطأ كفارة (ولعجزها شهران) الجلاب من لم يجد رقبة
فصيام شهرين متتابعين
فمن لم يستطع انتظر
القدرة على الصيام أو
وجود الرقبة ولا يجزيه
الاطعام (كالظهار) ابن
عرفة شرط الرقبة كالظهار
وشرط ايمانها نص (لا
صائل وقاتل نفسه) ابن
شاس لا تجب الكفارة
فى قتل الصائل ولا قاتل
نفسه ابن عرفة هذا
مقتضى المذهب ولم أجده
نصا (كديته) الجلاب لا
تعقل العاقلة من قتل
نفسه عمدا ولا خطأ (وندبت
فى جنين) من المدونة من
ضرب امرأة خطأ فألقت
جنينا ميتا استحب له مالك
الكفارة وقال مالك فى
امرأة نامت على ولدها
فقتلته ان ديته على عاقلتها
وتعتق رقبة (ورقيق)
من قتل عبدا خطأ غرم
قيمته وروى ابن القاسم
وابن وهب ويستحسن له
أن يكفر (وعمد) فى الرسالة
وكفارة القتل فى الخطأ
واجبة ثم قال ويؤمر بذلك
ان عفى عنه فى العمد وهو
خير له (وعليه مطلقا جلد مائة ثم حبس سنة) من المدونة من ثبت عليه انه قتل رجلا عمدا ببينة أو اقرار او بقسامة فعفى عنه أو سقط قتله
لان الدم لا يتكافأ فانه يضرب مائة ويسجن عاما كان القاتل رجلا أو امرأة مسلما أو ذميا حرا أو عبدا المسلم أو ذمى والمقتول مسلم أو
ذمى (وان بقتل مجوسى) مطرف وابن عبد الحكم وأصبغ وسواء أيضا كان مجوسيا ابن القاسم أو مجوسية (أو عبده) مالك وسواء أيضا
كان المقتول عبد القاتل أو لغيره المسلم أو الذمى فانه يجلد ويسجن الباجى وجه هذا كله انه سفك دم محرم فوجب به الجلد أو السجن

فقال
اقصد الشعب فهو أكبر حى * عدا فى العدا ثم القبيله
ثم يتلوهما العمارة ثم ال * بطن والفخذ بعدها والفصيلة
ثم من بعدها العشيرة لكن * هى فى جنب من ذكرنا قليله
وقال آخر
قبيلة قبلها شعب وبعدهما * عمارة ثم بطن والفخذ تليهما
وليس يأوى الفتى الا فصيلته * ولا شداد له الا عشيرته

والشعب رؤس القبائل مثل عدنان وقحطان والاوس والخزرج والقبائل ما انقسمت فيها أنساب الشعب مثل ربيعة ومضر والعمارة ما انقسمت فيها أنساب القبيلة مثل كنانة وقريش والبطن ما انقسمت فيها أنساب العمارة مثل عبد مناف وبنى مخزوم والفخذ ما انقسمت فيه أنساب البطن مثل بنى هاشم وبنى أمية والفصيلة ما انقسمت فيها أنساب الفخذ مثل بنى العباس وبنى أبى طالب قال النووى فى التهذيب عن الماوردى فاذا تباعدت الانساب صارت القبائل شعوبا والعمائر قبائل انتهى والعشيرة مثل أولاد العباس وأولاد أبى طالب بالنسبة الى أنفسهم وقيل الشعوب عرب اليمن مثل قحطان والقبائل مثل ربيعة ومضر وقيل الشعوب بطون العجم والقبائل بطون العرب قال القشيرى وعلى هذا فالشعوب من لا يعرف لهم نسب كالسند والترك والقبائل من العرب وعن ابن عباس الشعوب الموالى والقبائل العرب والله أعلم ص ﴿ثم بيت المال﴾ ش ابن عرفة روى محمد بن أسلم من لا قوم له فالمسلمون يعقلون عنه اللخمى ان كانت له عاقلة قليله لم يكن فيها ما يحمل اقلتهم حمل عليهم ما يحملون والباقى على بيت المال انتهى (قلت) عزوه للشيخ ابن أبى زيد يقتضى انه لم يقف عليه فى المدونة (والمسئلة) فى كتاب الولاء والمواريث من المدونة ونصها ومن أسلم من الذميين فعقله وجرائر أموالهم على بيت المال ويرثهم المسلمون ان لم يكن لهم ورثة مسلمون يعرفون وكذلك من أسلم من الأعاجم والبربر والسودان والقبط ولا موالى لهم فعقلهم على المسلمين وميراثهم لهم انتهى وفيها أيضا واذا كان عبد مسلم لقرشى وذمى فاعتقاه معا فولاء حصة الذمى للمسلمين ولو كان العبد نصرانيا فأعتقاه معا ثم جنى جناية كان نصفها على بيت المال لا على المسلم لانه لا يرثه ونصفها على أهل خراج الذمى الذين يؤدون معه الجزية ولو أسلم العبد بعد العتق ثم جنى كانت حصة الذمى من جنايته على المسلمين دونهم لانهم ورثوا حصته والنصف على قوم القرشى انظر بقية كلامه فى المدونة وكلام أبى الحسن عليها وغيره ص ﴿وعلى القاتل الحر﴾ ش قال ابن فرحون فى الفصل التاسع من القسم الثالث من التبصرة (فرع) لو سقت ولدها دواء فشرق فمات فلا شئ عليها وكذا لو انقلبت على ولدها وهى نائمة فلا شئ عليها غير الكفارة انتهى (ومسئلة) سقى الدواء ذكرها فى العتبية فى رسم البز من سماع ابن القاسم من كتاب الديات ومسئلة النائمة تنقلب على ولدها وهى نائمة فيموت ذكرها فى المدونة فى كتاب الديات فى باب ما أصاب النائم والنائمة وزاد وديته على

(أو نكول المدعى على ذى اللوث وحلفه) الباجى ولو نكل ولاة الدم عن القسامة وقد وجبت لهم بحلف المدعى عليه وبرئ فقال ابن المواز على المدعى عليه الجلد والسجن بلا خلاف بين أصحاب مالك الا ابن عبد الحكم ووجهه لما وجبت القسامة ثبتت العقوبة (والقسامة سببها قتل الحر المسلم فى محل اللوث) * ترجم على هذا ابن شاس بأن قال ﴿ كتاب دعوى الدم ﴾ والنظر فى القسامة والشهادة بالدم وكذا ترجم عليه أيضا ابن رشد فقال كتاب القسامة وذكرها فى المدونة فى كتاب الديات قال ابن الحاجب القسامة سببها قتل الحر المسلم فى محل اللوث فلا قسامة فى الاطراف ولا فى العبيد والكفار ابن عرفة خرج له قسامة من ثبت ضربه ببينة تامة وتراخى موته وقال مالك اللوث هو الامر الذى ليس بالقوى (كان يقول بالغ حر مسلم قتله فلان) من المدونة قول الميت بالغا عاقلا مسلما حرا ولو كان مسخوطا أو امرأة قتلنى فلان ولو كان فلان هذا صبيا أو عبدا أو ذميا أو امرأة عمدا لوث (ولو خطأ) من المدونان قال دمى عند فلان خطأ فلاوليائه أن يقسموا ويأخذوا الدية وليس لهم أن يقسموا على خلاف ماقال وسيأتى عند قوله وكالعدل فقط انه لا قسامة فى قتل غيلة وانظر طرر ابن عات (أو مسخوطا على ورع) من المدونة قال المقتول دمى عند فلان وهو مسخوط أو غير مسخوط فلايتهم وليقسم ولاته على قوله وان كانوا مسخوطين أيضا فذلك لهم فى العمد والخطأ ويقسم مع قول المرأة وهى غير تامة الشهادة واذا قال المقتول دمى عند فلان فذكر رجلا أورعا من أهل البلد أقسم على قوله وان رمى به صبى أقسم مع قوله وكانت الدية على عاقلة الصبى (أو ولدا على والده انه ذبحه) سمع يحيى ابن القاسم من قال دمى عند أبى أقسم على قوله ولم يقد منه وغلظت الدية فى مال الاب ولو قال أضجعنى أبى فذبحنى أو بقر بطنى أقسم بقوله وقتل الاب ان شاء الاولياء خلافا لأشهب (أو زوجة على زوجها) ابن عرفة ظاهر المذهب ان الزوجة فى تدميتها على زوجها كالاجنبية خلافا لابن زرقون وانظر فى نوازل البرزلى ليس كل زوج يؤدب والتدمية عليه وعلى المؤدب والمعلم (ان كان جرح) * اللخمى اختلف ان قال قتلنى عمدا ولا جراح به وأبين ذلك أن لا يقسم مع قوله الا أن يعلم انه كان بينهما قتال * ابن عرفة فى هذه المسئلة اضطراب وقال المتيطى الذى عليه العمل وبه الحكم قول ابن

عاقلتها ونصه واذا نامت امرأة على ولدها فقتلته فديته على عاقلتها وتعتق رقبة انتهى وقال المشذالى فى حاشيته عند قوله فى كتاب الديات من المدونة واذا وجد قتيل فى محلة قوم أو دارهم ولا يدرى من قتله لم يؤخذ به أحد ويبطل دمه ولا يكون من بيت المال ولا غيره مانصه (سئل) ابن عبد السلام عمن نام مع زوجته فى فراش واحد فأصبح الولد بينهما ميتا لا يدرى أيهما رقد عليه فقال لم أر فيها نصا وعندى انه هدر (قلت) لشيخنا فارأيكم فيها قال كرأى ابن عبد السلام ويؤخذ من قولها هنا انتهى ص ﴿ أو نكول المدعى على ذى اللوث وحلفه ﴾ ش (فرع) قال ابن رشد فى نوازله اذا كان للوث شهود غير عدول أو تعرف جرحتهم أو تتوهم فيهم الجرحة فلا اختلاف فى انه لا يجب على المشهود عليهم بشهادتهم ضرب مائة سوط وسجن عام وانما يجب عليه بشهادتهم السجن الطويل رجاء أن يوجد عليه بينة عادلة وأما ان كانوا مجهولين لا يعرفون بجرحة ولا عدالة فيجب عليه الضرب والسجن ان عفا عنه قبل القسامة أو بعدها على القول بوجوب القسامة فى ذلك ولا يجب عليه ضرب مائة وسجن عام على القول بسقوط القسامة مع ذلك وقد اختلف فى ذلك قول مالك وأما اذا شهد شاهد عدل فلا اختلاف فى المذهب فى وجوب القسامة بذلك ولا فى وجوب ضرب مائة وسجن عام ان عفا عنه الأولياء قبل القسامة أو بعدها ولا يجوز أن يضرب المدعى عليه الدم بالتهمة وانما يحبس بها اذا كان ممن يليق به التهمة الشهر ونحوه رجاء أن تقوم عليه بينة وان قويت عليه التهمة بما يشبه عليه ممالم يتحقق تحقيقا يوجب القسامة حبس الحبس الطويل قال ابن الحاجب حتى يتبين براءته أو يأتى عليه السنون الكثيرة قال مالك ولقد كان الرجل يحبس فى الدم باللطخ والتهمة حتى ان أهله ليتمنون له الموت من طول السجن فان لم يتهم وكان مجهول الحال حبس اليوم واليومين والثلاثة وان لم يتهم وكان معروفا بالصلاح لم يحبس ولو يوما واحدا انتهى (فرع) قال ابن عرفة وفى تقديم الضرب على السجن والتخيير فى ذلك قولان لسماع عيسى عن ابن القاسم ونقله الباجى عن أشهب ولم يحك ابن رشد غير ما فى السماع انتهى ص ﴿ والقسامة ﴾ ش قال ابن عرفة القسامة حلف خمسين يمينا أو جزأها على اثبات الدم وقال فى التوضيح قال فى المشارق القسامة ترديد الأيمان بين الحالفين أشهب القسامة سنة لا رأى لاحد فيها وكانت فى الجاهلية فأقرها عليه الصلاة والسلام ص ﴿ قتلنى فلان ولو خطأ ﴾ ش قال

القاسم انه اذا لم يكن بالمدمى أثر جرح أوضرب انه لايقبل قوله على فلان الا بالبينة على ذلك وقاله أصبغ (أو أطلق و بينوا) من المدونة ان قال قتلني ولم يقل عمدا ولا خطأ فادعاه ولاة الدم من عمد أو خطأ أقسموا عليه واستحقوه (لا خالفوا ولا يقبل رجوعهم) من المدونة ان ادعى الورثة خلاف قول الميت فلا قسامة لهم ولا دية ولا دم ولا لهم أن يرجعوا الى قول الميت وانظر عند قوله ولو خطأ (ولا ان قال بعض عمدا و بعض خطأ و بعض لا نعلم) من المدونة ان قال بعضهم عمدا وقال بعضهم لا علم لنا بمن قتله ولا نحلف فان دمه يبطل بخلاف ما اذا قال بعضهم قتل خطأ وقال بعضهم عمدا قال عبد الوهاب وفي كلا الموضعين الخلاف موجود والفرق أن قتل الخطأ أخفض رتبة وكان الشيخ أبو بكر يقول لا فرق (أو نكلوا) اللخمي قال ابن القاسم في العتبية ان قال جميعهم عمدا ونكل بعضهم أن لمن ينكل أن يحلف و يستحق حقه من الدية وهذا أحسن انظر هذا عند قوله ونكول المعين غير معتبر ومن المدونة ان قال بعضهم عمدا و بعضهم خطأ فان حلفوا كلهم استحقوا دية الخطأ بينهم و بطل القتل وان نكل مدعو الخطأ فليس لمدعى العمد أن يقسموا ولا دم لهم ولا دية وقال أشهب ان حلف جميعهم فلمن أقسم على الخطأ حظه على العاقلة ولمن أقسم على العمد حظه من مال القاتل * اللخمي وهذا أحسن (بخلاف ذي الخطأ فله الحلف وأخذ نصيبه) من المدونة ان قال بعضهم خطأ وقال الباقون لا علم لنا أو نكلوا عن اليمين حلف مدعو الخطأ وأخذوا حظهم من الدية ولا شئ للآخرين وفي الجلاب لا يستحق مدعو الخطأ حظهم حتى يحلفوا الخمسين يمينا (وان اختلفا فيهما واستووا حلف كل وللجميع دية الخطأ و بطل حق ذي العمد بنكول غيرهم) تقدم نص المدونة وقول أشهب قبل قوله بخلاف ذي الخطأ (وكشاهدين بجرح أوضرب مطلقا أو اقرار المقتول خطأ أو عمدا ثم يتأخر الموت) تقدم أن قول الميت دمي عند فلان لوث يوجب القسامة قال ابن رشد لم يختلف في هذا قول مالك وتابعه على ذلك جميع أصحابه والليث وخالفهم في ذلك جمهور أهل العلم * الباجي وهذا اذا ثبت قول الميت بشاهدين وأما كون الشاهدين على الجرح لوثا مطلقا في الخطأ والعمد ثم يتأخر الموت فقال ابن رشد ما نصه لا خلاف في الشاهدين على الجرح اذا حيي بعد ذلك انها توجب القود في العمد والدية في الخطأ مع القسامة وانظر قول خليل

الفاكهاني في شرح الرسالة وأظنه ناقلا عن ابن يونس لو قيل للمجروح من ضربك فقال لا أعرفه ولا أدري من ضربني ثم قال بعد ذلك فلان فالتدمية باطلة انتهى (فراع) قال ابن رشد في نوازله

أو اقرار المقتول خطأ أو عمدا هل يكون المعنى القسامة بسببها قتل في محل اللوث كأن يقول المقتول قتلني فلان ولو خطأ وكشاهدين بجرح خطأ أو عمدا أو كشاهدين باقرار المقتول خطأ أو عمدا وعلى هذا ففيه بعض تكرار فانظره وقد تقدم قول الباجي وهذا اذا ثبت قول الميت بشاهدين ثم راجعت عبارة ابن الحاجب ومعناها أنها ثلاث مثل فانه قال كقول المقتول قتلني وكثبوت الجرح أو الاقرار به بشاهد أو بشاهدين ولا شك أن بين الاقرار بالقتل أو بالجرح فرق بالنسبة للفظ اليمين في الوجه الواحد يحلف لقد قتله وفي الوجه الآخر لقد مات من ذلك الجرح ان قام به عدلان وان شهد به عدل فيهم لقد جرحه ولقد مات من ذلك الجرح (فيقسم لمن ضربه مات) * المتيطي تمام الشهادة أن يشهد شهيدان مقبولان أن الجرح لم يفق من جرحه في علمهم الى أن توفي وكذلك تكون القسامة فيحلف كل واحد من الاولياء في المسجد الجامع في الموضع الذي يكون فيه هذا عند مقطع الحق و يقول في يمينه بالله الذي لا إله الا هو لضرب فلان هذا يشير الى المدمى عليه أي أو لمات من ضربه وقال عبد الملك يحلف بالله الذي لا إله الا هو عالم الغيب والشهادة لقدمات من الذي شهد عليه به فلان وفلان يرددها هكذا (أو بشاهد بذلك) أما اذا شهد عدل بجرح أو ضرب فقال المتيطي اذا شهد الشاهد الواحد العدل وهو اللوث عند ابن القاسم على معاينة الجرح وجبت القسامة هذا مذهبه في المدونة وقاله ابن الماجشون في ديوانه وسيأتي نقل ابن حارث وابن رشد في الفرع بعد هذا (مطلقا) قال ابن رشد ان ثبت الجرح بشاهد واحد فينبغي على ما صححناه أن يفترق الخطأ من العمد اهـ راجع أنت هذا كله (ان ثبت الموت) هذا فرع شهادة العدل بمعاينة القتل ذكره هنا ولم يذكره هناك وأما اذا شهد عدل باقرار المقتول بجرح خطأ (أو باقرار المقتول بجرح عمدا) قال الباجي أما اذا مات وقد قال فلان جرحني أو ضربني ولم يثبت هذا من قول الميت الا بشاهد واحد فاختلف فيه قول مالك ونقل ابن يونس عن عبد الملك انه يقسم مع شهادته قال وقال عبد الحكم وغيره لا يجوز على قول المقتول الا بشاهدين وقاله ابن القاسم في العتبية قال لان الميت كشاهد فلا يثبت قوله الا بشاهدين و به قال ابن المواز وقال انما تكون القسامة حيث تكون اليمين مع الشاهد انتهى ولم يفرق بين عمد وخطأ بل مقتضى كلام الباجي انه لا فرق بين العمد والخطأ من ابن عرفة ابن حارث اتفقوا

على انه ان شهد عدلان ان فلانا جرح فلانا أو ضربه فعاش المجروح والمضروب فأكل وشرب ثم مات ان لورثته أن يقسموا ويستحقوا الدم فان شهد بذلك شاهد واحد فقط المدونة لورثته القسامة خلاف ماله فى العتبية ابن رشد وعلى القول بالقسامة يحلفون لقد جرحه ولقد مات من جرحه ولا يحلفون مع الشاهدين على الجرح الا لقد مات من ذلك الجرح ومع الشاهد على القتل فيحلفون لقد قتله فتفرق الثلاثة الاوجه فى صفة الايمان (كاقراره مع شاهده مطلقا) من المدونة لو قال دمى عند فلان وشهد عدل انه قتله فلابد من القسامة انتهى ولاجل هذا النظر أتى بهذا والافسيأتى هذا عند قوله و وجبت وان تعدد اللوث (أو اقرار القاتل فى العمد فقط بشاهد) من فروق عبد الوهاب قال مالك اذا شهد شاهد على قتل الخطأ قسم معه واذا شهد شاهد على اقراره بالقتل لم يقسم معه قال عبد الوهاب وكلا الوجهين شهادة على قتل قال والفرق بينهما ان الشاهد على نفس القتل لوث يقسم معه والاقرار لايقبل فيه الاثنان كسائر الاقرارات من المدونة قال مالك اذا شهد شاهد على رجل انه قتل فلانا خطأ فليقسم أولياء القتيل و يستحقون الدية على العاقلة قال ابن القاسم واذا شهد شاهد على اقرار القاتل انه قتله خطأ فلا يثبت ذلك من اقراره الا بشهادة شاهدين فيقسمون معهما ويستحقون بذلك الدية يريد اذا لم يعرف منه نكير قال أشهب اذا أنكر القاتل قول الشاهدين لم تجز الشهادة وهو كشاهد قد شهدوا على شهادته وهو ينكرها قال ابن القاسم وذلك بخلاف من أقام شاهدا على اقرار رجل بدين هذا يحلف مع شاهده و يستحق المتيطى واختلف فى شهادة شاهد واحد على اقرار القاتل بالقتل عمدا وفى بعض روايات المدونة انه لوث يوجب القسامة والصحيح وجوب القسامة اذلا فرق بين الشهادة على معاينة القتل و بين الشهادة على اقرار القاتل به على نفسه (وان اختلف شاهداه بطل) من المدونة ان شهد رجل ان فلانا قتل فلانا بالسيف وقال آخر انه قتله بحجر فقولهما باطل ولا يقسم بذلك سحنون هذا ان ادعى الولى شهادتهما معا وان ادعى شهادة أحدهما ففيه القسامة مع ذلك الشاهد (وكالعدل فقط فى معاينة القتل) ابن رشد أما القسامة مع الشاهد الواحد على معاينة القتل فثابتة فى المذهب اتفاقا توجب القود فى العمد والدية فى الخطأ قال ابن المواز وانما يقسم مع الشاهد الواحد اذا شهد عدل أنه قتله غيلة لم يقسم مع شاهده ولا يقتل هاهنا الا بشاهدين قال ابن المواز على معاينة القتل بعد أن ثبتت معاينة جسد القتيل فيشهدون على موته و يجهلون قاتله كما عرف موت عبد الله بن سهل

فى رجل دمى على رجل ثم شهد شهود انه قال دمى على رجل آخر قبله وقال لما سئل عن ذلك انى خشيت أن يرجع الى فيتم على ان ذلك يبطل التدمية لان فى تدميته على غيره أولا ابراء له ولا يصدق فى قوله أخاف انه يتم على لانه كمن أبرأ رجلا من حق ثم قام يطلبه وقال انما أبرأته لوجه كذا ولانه لاعذر له فى التدمية على برىء لم يحق عليه لخوفه على نفسه فلما أقر على نفسه انه دمى أولا على برىء اتهمناه فى انه دمى ثانيا على برء واذا بطلت التدمية صار المدعى عليه فى حكم من قويت عليه التهمة بالدم ولم يوجد عليه بينة فوجب أن يطال سجنه وقد حكى عن مالك أن الرجل كان يحبس فى اللطخ والشبهة حتى ان أهله ليتمنون له الموت من طول سجنه وان طال سجنه الدهر الطويل ولم يظهر براءة استحلف خمسين يمينا وخلى سبيله والله سائله وحسيبه انتهى (فرع) قال ابن رشد أيضا فى نوازله دمى رجل على رجل بجرح ودمى أخو المدمى عليه على المدمى الاول وقريب له بان القريب أمسكه وصار يقول الآخر اضرب اقتل فمات المدمى الثانى فأراد أخو المدمى عليه أولا أن يقوم بدم أخيه فهل يقتل المدمى عليه مع قريبه بالقسامة قبل أن تبرأ جراحه التى دمى بها أو يؤخر جراحه و يسجن فأجاب لا يقتل المدمى عليه حتى تبرأ جراحه التى دمى بها لان فى قتله ابطال ماوجب لأوليائه من القسامة على قاتله والواجب فى ذلك أن يسجن الثلاثة المدمى عليهم فان صح المدمى الاول من جراحه أقسم أخو الميت عليه مع أحد من بنى عمه على قريب المدمى الاول وقتلوه بقسامتهم انتهى وماذكره من قتل اثنين بالقسامة غريب ونقله عنه البرزلى ونقل ابن الحاج فى ذلك ثلاثة أقوال ونصه ابن الحاج فيمن دمى على رجلين فذكر ان أحدهما أمسكه والآخر قتله فيكون بمثابة مالو أدمى على رجلين فتكون القسامة وتدخل الثلاثة الأقوال ان تقسم الولاة على واحد والقولان مشهوران ومنه الحديث فى رجل أمسك رجلا وقتله آخر فقال اقتلوا القاتل وأحيوا الضارى بمعنى احبسوا الذى حبسه للموت حتى يموت

(أو يراه يتشحط فى دمه والمتهم قربه عليه أثره) قال ابن شاس شهادة العدل الواحد على رؤية القتل لوث وفى شهادته يرى المقتول يتشحط فى دمه والمتهم نحوه أو قربه عليه آثار القتل خلاف ومن ابن يونس روى ابن وهب عن مالك شهادة النساء لوث ومثله أن يرى المتهم بحذاء القتيل وقربه ولم يروه حين أصابه (و وجبت ان تعدد اللوث ابن الحاجب اذا تعدد اللوث فلا بد من القسامة انتهى وهذا هو معنى قوله قبل هذا كاقراره مع شاهد مطلقا (وليس منه وجوده بقرية قوم أو دارهم) من المدونة ان وجد قتيل فى قرية قوم أو دارهم ولا يدرون من قتله لم يؤخذ به أحد وتبطل ديته ولا تكون فى بيت مال ولا غيره (ولو شهد أنه قتل ودخل فى جماعة استحلف كل خمسين والدية عليهم أو على من نكل بلا قسامة) سمع عيسى ابن القاسم من قتل قتيلا فى وسط الناس فاتبعوه وهو هارب فاقتحم بيتا فدخل البيت فاذا فيه ثلاثة نفر لا يدرى أيهم هو ان حلف كل واحد منهم خمسين يمينا ما قتله كان العقل عليهم وان نكل أحدهم كان العقل عليه ابن رشد ان حلفوا كلهم أو نكلوا كلهم فالدية على جميعهم وان نكل بعضهم فهى على من نكل كان واحدا أو أكثر ولا يمين فى شئ من ذلك على أولياء القتيل (وان انفصلت البغاة عن قتلى ولم يعلم القاتل فهل لا قسامة ولا قود مطلقا أو ان تجرد عن تدمية أو شاهد أو عن الشاهد فقط تأويلات) من المدونة قال مالك ليس فيمن قتل بين الصفين قسامة ابن رشد وقيل لا قسامة فيه بحال لا بقول المقتول ولا بشاهدين على القتل رواه سحنون عن ابن القاسم وقد ترجم ابن يونس على هذا فى آخر كتاب الديات فقال فيمن قتل بين الصفين راجعه فيه وفى المقدمات قال عياض وهذا كله فى صف العصبية والبغى المستويين فى ذلك فلو كان أحدهما باغيا والآخر مظلوما أو متأولا طلب الآخرون الذين ليس القتيل منهم بعقله ولو كان من صف الباغين كان هدرا ولو تعين قاتله وكذلك لو كان القاتلون متأولين أو كلا الصفين متأولا فمن قتل الآخر منهما هدر (وان تأولوا فهدر) تقدم نص عياض وفى سماع عيسى ان كان القتيل الذى وجد بين الصفين انما كانوا قوما يقاتلون على تأويل قال فليس على الذين قتلوه قتل وان عرفوا ولا دية وليس أهل التأويل كغيرهم ابن رشد مثله فى أثر المدونة من قول ابن شهاب ومثله روى أشهب (كزاحفة على دافعة) الذى للباجى ما نصه لو مشت احدى الطائفتين الى الأخرى بالسلاح الى منازلهم فقاتلوهم ضمنت كل فرقة ما أصابت من الأخرى ورواه محمد وابن عبدوس قال ولا يبطل دم الزاحفة لأن المزحوف اليهم لو شاؤا لم يقاتلوهم واستردوا الى السلطان قال غيره هذا ان أمكن السلطان أن يحجز بينهم فان عاجلوهم ناشدوهم الله فان أبوا فالسيف ونحوه فى المدونة ومعنى ذلك انه لا دية عليهم هذا كله ان كان حربهم لنائرة وتعصب فان كان لتأويل فقد قال ابن حبيب ليس بين أهل الفتن قود فيما قال بعضهم من بعض على التأويل ولا تباعة فى مال الا فيما كان قائما بعينه لم يفت قال ابن القاسم وليس على القاتل قتل ولا دية وان عرف بخلاف غيرهم

(قلت) تقدم لابن رشد ان هذه المسئلة مما يقتل فيها اثنان بالقسامة الواحدة ويشير بذلك للمسئلة المتقدمة ثم قال وفى الوثائق المجموعة ولو قال المجروح جرحنى فلان جرح كذا أو خنقنى فلان أو ركضنى أو ضربنى بالعصا ومن فعلهم أموت ولم يسم أيهم أبلغ مقاتله فانه ينظر فى ذلك الى من أثخنه جرحه فيقسم عليه الأولياء فان كانوا اثنين أو أكثر وقد بلغت جراحهم مقاتله تخير واحد يقسمون عليه منهم ولم يكن لهم أن يقسموا الا على واحد ويقتلوه ثم يضرب الآخرون مائة مائة ويسجنون عاما (قلت) يحتمل أن يكون هذا خلافا لما تقدم لابن رشد فى الماسك والقاتل ويحتمل الوفاق لان هنا اجتمعوا على قتله مباشرة بخلاف الماسك فانه سبب لقتله لا انه ضربه انتهى كلام البرزلى (فرع) اذا ثبتت التدمية بشهادة رجلين لكن لم يعاينا الجرح الذى فى المدمى وثبت بشهادة غيرهم أنه كان مجروحا جاز ذلك قاله ابن رشد فى نوازله فى أثناء المسئلة المذكورة فوقه (فرع) يفهم من المسئلة المذكورة ان المدمى عليه يحبس وان كان مجروحا فتأمله والله أعلم ص ﴿أو يراه يتشحط فى دمه﴾ ش فاعل يرى ضمير يعود على العدل والمعنى أن من اللوث ان يشهد العدل على انه رأى المجروح يتشحط فى دمه قال فى التوضيح واشتراط المصنف يعنى ابن الحاجب العدل هنا ظاهر ولم أر من صرح بذلك انتهى (قلت) صرح به القاضى عبد الوهاب فى المعونة والله أعلم ص ﴿وليس منه وجود بقرية قوم أو دارهم﴾ ش نحوه فى كتاب الديات من المدونة وقال فى التوضيح فى شرح قول ابن الحاجب وكالعدل يرى المقتول يتشحط فى دمه وليس موت الرجل عندنا فى المزاحمة لوثا يوجب القسامة بل هو هدر خلافا للشافعى فى قوله تجب فيه القسامة

وتجب الدية انتهى ص ﴿وهى خمسون يمينا متوالية﴾ قال ابن رشد فى نوازله فى كيفية قسامة قام بها المقتول وأخوه بان يقسما خمسين يمينا ترد عليهما يمينا يمينا انه هو الذى قتله يقول الأب فى يمينه بمقطع الحق قائما مستقبل القبلة اثر صلاة العصر من يوم الجمعة على ما مضى عليه عمل القضاة بالله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة لقد قتل هذا ويشير الى القاتل ابنه فلانا بالجرح الذى أصابه به ومات منه على سبيل العمد بغير حق وكذلك يقسم الأخ الا انه يقول لقد قتل أخى فاذا استكمل خمسين يمينا على هذه الصفة أسلم برمته اليهما فاستقادا منه بالسيف قتلا مجهزا على ما أحكمه الشرع فى القصاص فى القتل انتهى قال البرزلى وسئل أصبغ بن محمد هل يزيد ولى الدم فى يمينه وان ما شهد به الشهود من قول المدمى حق أم لا (فأجاب) لا يلزم ولى الدم أن يزيد فى يمينه احقاق ما شهد به الشهود من قول المدمى ولا علمت أحدا من أهل المذهب قاله ص ﴿بتا﴾ ش ويعتمدون على ظن قوى كما تقدم فى باب الشهادات والله أعلم ص ﴿وان أعمى أوغائبا﴾ ش يريد اوصغيرا و يحلف اذا بلغ ويأخذ حصته كما ذكره ابن عرفة عن الموازية ص ﴿أو امرأة﴾ ش كما لو خلف بنتا واحدة قال فى المدونة فان لم يدع الا ابنتا بغير عصبة حلفت خمسين يمينا فأخذت نصف الدية أبو الحسن وسكت عن النصف الباقى قال الباجى ويسقط الباقى وتقدم مثله لابن رشد عند قوله واذا قال المقتول دمى عند فلان انتهى ونص الذى تقدم قال ابن رشد ولو كان للمقتول وارث معلوم مع جماعة المسلمين مثل الزوجة والزوج يحلف الوارث المعلوم خمسين يمينا واستحق حقه من الدية وبطل الباقى منهما انتهى من سماع يحيى من كتاب الديات الثانى انتهى كلام الشيخ أبى الحسن وفى الذخيرة المقسم فى الخطأ جميع المكلفين من الورثة رجالا أونساء يحلفون بقدر مواريثهم ومن لا وارث له فلا قسامة له لتعذر قسم بيت المال ولا يقسم الاول لسبب أو ولاء ولا يقسم من القبيلة الا من التقى معه الى نسب ثابت ولا يقسم المولى الاسفل بل ترد الأيمان على المدعى عليهم انتهى ص ﴿وان نكلوا أو بعض حلفت العاقلة﴾ ش أى فيحلف كل واحد منهم يمينا واحدة وقد تقدم ان حد العاقلة سبعمائة أو الزيادة على الألف وظاهر كلامه انه اذا نكل بعض الورثة سقطت الدية جميعها وحلفت العاقلة وليس كذلك بل المراد انه اذا نكل بعض الورثة فان العاقلة تحلف وتسقط حصة الناكل فقط كما صرح بذلك ابن رشد فى سماع عيسى من كتاب الديات وصرح به ابن الحاجب وصرح به الشارح فى شرح قول المصنف ولا يأخذ أحد الا بعدها والله أعلم ص ﴿ولا يحلف فى العمد أقل من رجلين﴾ ش أى فلا يحلف النساء وحكى ابن الفاكهانى قولا بان النساء يحلفن قال القلشانى ولم أقف عليه وأصل المذهب أنه لا مدخل للنساء فى القسامة فى العمد انتهى بالمعنى من

(وهى خمسون يمينا) ابن عرفة القسامة حلف خمسين يمينا أوجزءها على اثبات الدم (متوالية) ابن الحاجب يحلف الوارثون المكلفون واحدا كان أوجماعة ذكرا أوأنثى خمسين يمينا متوالية (بتا وان أعمى وغائب) من المدونة يمين القسامة على البت وان كان أحدهم أعمى أوغائبا حين القتل سحنون لان العلم يحصل بالخبر والسماع كما يحصل بالمعاينة (يحلفها فى الخطأ من يرث وان واحدا) اللخمى يحلفها الواحد ان كان هو المستحق للدية كابن أوأخ (وامرأة) من المدونة ان لم يدع الميت الا ابنة بغير عصبة حلفت خمسين يمينا وأخذت نصف الدية (وجبرت اليمين على أكثر كسرها) ابن الحاجب ويجبر كسر اليمين على ذى الاكثر من الكسر من المدونة ان لزم واحدا نصف اليمين وآخر ثلثها وآخر سدسها حلفها صاحب النصف فصورت ببنت وأم وزوج وعاصب (والافعلى الجميع) ابن رشد ان كانت الورثة ثلاثة اخوة فيجب على كل واحد منهم الكسر الذى يصير فى حظه فيحلف كل واحد منهم سبع عشر يمينا (ولا يأخذ أحد الا بعدها) من المدونة ان كانت بنت وابن غائب لم تأخذ البنت ثلث الدية حتى تحلف خمسين يمينا فاذا قدم الابن الغائب حلف ثلثى الايمان

 وأخذ ثلثى الدية (ثم حلف من حضر حصته) ابن الحاجب ثم من نكل أوغاب فلا يأخذ غيرهما حتى يحلف خمسين يمينا ثم من حضر حلف حصته (وان نكلوا أو بعض حلفت العاقلة فمن نكل فحصته على الآخر) ابن رشد ان نكلوا عن الايمان أو بعضهم فخامس الاقوال ان الايمان على العاقلة يحلفون كلهم ولو كانوا عشرة آلاف فالقاتل كاحدهم فمن حلف فلا غرم عليه ومن نكل غرم ما يجب عليه وهو أحد قولى ابن القاسم وهو أصحها (ولا يحلف فى العمد أقل من رجلين

عصبة) من المدونة ان ادعى العمد لم يقتل المدعى عليه الا بقسامة رجلين فصاعدا ابن شاس و يحلف العصبة ولا يدخل النساء فى العمد بوجه (والاقوال) الذى فى الموطأ قال مالك فى الرجل يقتل عمدا انه اذا قام عصبة المقتول أو مواليه فقالوا نحن نحلف ونستحق دم صاحبنا فذلك لهم (وللولى الاستعانة بعاصبه) ابن شاس ان كان الولى واحدا استعان ببعض عصبته و يجتزىء فى المعينين بالواحد (وللولى فقط حلف الأكثر ان لم يزد على نصفها) ابن رشد ان كان ولى الدم الذى له العفو رجلا واحدا فلا يستحقه بقسامة الا أن يجد من العصبة أو العشرة من يقسم معه فمن يلقاه الى أب معروف فان وجد رجلا حلف كل واحد منهما خمسا وعشرين يمينا وان وجد رجلين أو أكثر قسمت الايمان بينهم على عددهم فان رضوا أن يحملوا عنه منها أكثر مما يجب عليهم لم يجز وان رضى هو أن يحمل منها أكثر مما يجب عليه فذلك جائز فيما بينه و بين خمس وعشرين يمينا فانه لا يجوز له أن يحلف أكثر من ذلك (ووزعت واجتزىء باثنين طاعا أو أكثر) ابن الحاجب ان كانوا أقل من خمسين وزعت وان كانوا أكثر من خمسين اجتزىء بالخمسين على الاصح وفى الاجتزاء باثنين من أكثر منهما قولان لابن القاسم وأشهب ابن رشد ان كان ولاة الدم أكثر من اثنين وطاع اثنان منهم يحمل الخمسين يمينا جاز ذلك عند ابن القاسم ولم يعد من لم يحلف من بقية الاولين ناكلا لان الدم قد قيد به (ونكول المعين غير معتبر بخلاف غيره ولو بعد) انظر قوله ولو فسيأتى ان أولياء الدم ان كانوا أعماما وأبعد منهم فان مالكا حلفهم مرة كالبنين ومرة قال ان رضى اثنان كان لهما أن يحلفا و يستحقا حقهما من الدية ابن شاس ان كان الولى واحدا استعان ببعض عصبته ثم نكول المعين غير معتبر فاما نكول أحد الأولياء فمسقط للقود ومن ابن يونس قال ابن القاسم ان كثر أولياء الدم أجزأ أن يحلف اثنان اذا تطاوعا ولم يترك باقيهم اليمين نكولا قال فى المدونة فان نكل واحد من ولاة الدم الذين يجوز عفوهم ان عفوا فلا سبيل الى القتل كانوا اثنين أو أكثر قال محمد فرق مالك بين نكول أحد الأولياء عن القسامة قبل القسامة أو بعد ان حلف جماعتهم فقال ان نكل منهم من له العفو قبل القسامة فلا قسامة لبقيتهم ولا دم ولا دية و يحلف المدعى عليه خمسين يمينا ان لم يجد من عصبته من يحلف معه وان نكل بعد يمين جماعتهم لم يسقط حظ من بقى من الدية ونكول هذا كعفوه راجعه فيه ابن عرفة قول ابن شاس نكول المعين لغو واضح لعدم استحقاقه ما يحلف عليه (فيرد على المدعى عليهم فيحلف كل خمسين) قال اللخمى ان نكل بعض الأولياء أو عفا والاولياء بنون أو اخوة فقال مالك وابن القاسم ترد الايمان على القاتل ولمالك أيضا ان بقى اثنان كان لهما أن يحلفا و يستحقا حظهما من الدية واختلف عنه ان كان الأولياء أعماما أو أبعد منهم من العصبة فنكل بعضهم فجعل الجواب مرة كالبنين وهو أبين ولا فرق بين ذلك اذا استووا فى القعدد (ومن نكل حبس حتى يحلف) الجلاب اذا نكل المدعون للدم عن القسامة وردت الايمان على الايمان على المدعى عليهم فنكلوا حبسوا حتى يحلفوا فان طال حبسهم تركوا وعلى كل واحد منهم جلد مائة وحبس سنة (ولا استعانة) ليس هذا مشهور قول ابن القاسم ابن رشد ان نكل ولاة الدم عن اليمين وكانت القسامة وجبت بقول المقتول أو بشاهد على القتل فقال ابن القاسم ترد الايمان على المدعى عليهم فيحلف المدعى عليه خمسين يمينا أو يحلف عنه رجلان فاكثر من ولاة الدم خمسين يمينا ان طاعوا بذلك ولا يحلف هو معهم قال هذا ابن القاسم فى الموازية والعتبية وقال مطرف لا يتعين المدعى عليه بأحد من ولاته انظر المقدمات فقد ذكر أيضا قولا ثالثا وعزاه لابن القاسم ثم قال وأما ان كانت القسامة انما وجبت بشاهدين على الجرح

الشيخ زروق ص ﴿ عصبة والاقوال ﴾ ش عصبة من النسب فان لم يكن عصبة نسب فيحلف الموالى الاعلون لانهم عصبة ولا يحلف الموالى الاسفلون نقله ابن عرفة عن سماع يحيى ص ﴿ وللولى الاستعانة بعاصبه ﴾ ش أى وللولى اذا كان واحدا ان يستعين بعاصبه وكذلك لو تعدد الولى كما ذكره فى التوضيح عن ابن رشد لكن كلام المصنف انما هو فى الواحد بدليل قوله ان لم يزد على نصفها فتأمله والمراد عاصبه الذى يجتمع معه فى أب معروف ولا يكتفى فى ذلك بان يكون معروفا انه من القبيلة الفلانية كما نقله ابن عرفة عن سماع يحيى ص ﴿ بخلاف غيره ولو بعدوا ﴾ ش أى بخلاف نكول غير المعين فان نكوله معتبر والمعنى انه اذا كان ولاة الدم فى التعدد سواء كالاولاد أو الاخوة أو الاعمام ولم يكن بينهم أقرب بحيث يكون غيره أقرب معينا فان نكول أحدهم مسقط للقود أما اذا كانوا أولادا واخوة فباتفاق واختلف فى غيرهم كالاعمام و بنيهم ومن هو أبعد والمشهور سقوط القود أيضا والشاذ انه لا يسقط الا باجتماعهم كذا قرر المسئلة فى التوضيح وكلام الشارح مشكل فتأمله ص ﴿ ولا استعانة ﴾ ش قال ابن غازى انما عزاه

فقال ابن القاسم وابن الماجشون انها ترد على المدعى عليه يحلف مامات من ضربى وقال أشهب وأصبغ وابن عبد الحكم لا ترد عليه لان يمينه ان حلف يمين غموس (وان كذب بعض نفسه بطل بخلاف عفوه فللباقى نصيبه من الدية) ابن رشد ان عفا أحد الأولياء عن الدم بعد ثبوته بالبينة أو بالقسامة أو أكذب نفسه بعد القسامة فثالث الاقوال انه ان عفى كان لمن بقى حظوظهم من الدية وان أكذب نفسه لم يكن لمن بقى شئ من الدية وان كانوا قد قبضوها ردوها هذا مذهب ابن القاسم فى المدونة وغيرها وساوى ابن القاسم بين العفو والنكول عن اليمين والعفو قبل القسامة وفرق بعد القسامة بين أن يعفو أحد الأولياء أو يكذب نفسه فجعل تكذيب نفسه بعد القسامة كعفوه عن الدم قبل القسامة لا شئ لمن بقى من الدم على ماذكرناه (ولا ينتظر صغير) من المدونة ان كان أولاد المقتول صغارا وكبارا فان كان الكبار اثنين فلهم أن يقسموا ويقتلوا ولا ينتظر بلوغ الصغير (بخلاف المغمى والمبرسم) من المدونة ان كان فى الاولياء مغمى عليه أو مبرسم فانه ينتظر افاقته لان هذا مرض من الأمراض (الا أن لا يوجد غيره فيحلف الكبير حصته والصغير معه) نحو هذا عبارة ابن الحاجب ونص المدونة ان لم يكن الاولد صغير وكبير فان وجد الكبير رجلا من ولاة الدم يحلف معه وان لم يكن ممن له العفو حلفا خمسين يمينا ثم للكبير أن يقتل وان لم يجد من يحلف معه حلف خمسا وعشرين يمينا واستؤنى بالصغير فاذا بلغ حلف أيضا خمسا وعشرين يمينا ثم استحق الدم

(ووجبت بها الدية فى الخطأ والقود فى العمد من واحد يعين لها) ابن الحاجب لا يقتل بالقسامة الا واحدا خلافا للمغيرة وعلى المشهور يكون معينا باليمين وقال ابن عرفة موجب القسامة القتل فى العمد والدية فى الخطأ فان انفرد المدعى عليه فواضح وروى ابن القاسم فى المجموعة لا يقسم الا على واحد بكل حال وقال فى ثلاثة احتملوا صخرة ورموها على رجل فقتلوه بها وقام بذلك شاهد واحد لا يقسم الا على رجل واحد يقسمون لمات من ضربه لا من ضربهم وخالف فى هذا سحنون وقال أشهب ان شاؤا أقسموا على اثنين فأكثر ثم لا يقتلون الا واحدا ممن أدخلوه فى قسامتهم وانظر لابن رشد فى نوازله أنه قد يقتل بالقسامة اثنان (ومن أقام شاهدا على جرح أو قتل كافر أو عبد أو جنين حلف واحدة وأخذ الدية) أما مسئلة قيام شاهد واحد على جروح فقال فى المدونة لا قسامة فى الجراح ولكن من أقام شاهدا عدلا على جرح عمدا أو خطأ فليحلف معه يمينا واحدة ويقتص فى العمد ويأخذ العقل فى دية الخطأ قيل لابن القاسم لم قال مالك ذلك فى جراح العمد وليست بمال قال قد كلمت مالكا فى ذلك فقال انه شئ استحسناه وما سمعت فيه شيأ وأما مسئلة الكافر ففى المدونة قال مالك فى نصرانى قام على قتله شاهد واحد عدل مسلم فيحلف ولاته يمينا واحدة ويستحقون الدية على قاتله مسلما كان أو نصرانيا وأما مسئلة العبد ففى الموطأ قال مالك الامر عندنا فى العبد انه اذا أصيب العبد عمدا أو خطأ ثم جاء سيده بشاهد حلف مع شاهده يمينا واحدة ثم كان له قيمة عبده وليس فى العبيد قسامة فى عمد ولا خطأ فان قتل العبد عمدا أو خطأ لم يكن على سيد المقتول قسامة ولا يمين ولا يستحق سيده ذلك الا ببينة عادلة أو بشاهد فيحلف مع شاهده انتهى وقد تقدم ان العبد يقتل بالعبد الا أن يسلمه السيد أو يرضى سيد المقتول بأخذ قيمة عبده وأما مسئلة الجنين ففى المدونة ان ضربت امرأة فألقت جنينا ميتا وقالت دمى عند فلان ففى المرأة القسامة ولا شئ فى الجنين الا ببينة ثابتة لانه كجرح من جراحها ولا قسامة

فى المقدمات لمطرف فقال ابن عرفة ذكره ابن حارث رواية لمطرف وأبو محمد قولا له ورواية وانما اقتصر عليه المصنف لان ابن عبد السلام عزاه للمدونة واستظهره والا فقول ابن القاسم فى المجموعة ان الايمان ترد عليهم ويحلف معهم المتهم وهو الذى حمل أبو الحسن الصغير المدونة عليه وهو ظاهر الرسالة وعليه درج ابن الحاجب وهذا كله فى التوضيح (قلت) كأنه لم يقف على كلام ابن رشد فى أول رسم من سماع عيسى ونصه الثالث ان المدعى عليه يحلف وحده ولا يكون له أن يستعين بأحد من ولاته وهو قول مطرف فى الواضحة وهو ظاهر ما فى رسم أول عبد من سماع يحيي وما فى المدوّنة من قول ابن القاسم وروايته عن مالك وهذا القول أظهر الأقوال من جهة القياس لان المدعى عليه حقيقة هو الذى يدعى عليه القتل ويطلب منه القصاص ويتعلق به حكم النكول فوجب أن يكون هو الذى يحلف وللقولين الآخرين حظ وافر من النظر وهو انه لما كانت الدية تقع فيها الحمية والعصبية صارت عصبة المقتول هم الطالبون بدم المقتول بحق التعصيب لا بحق الوراثة انتهى فقد استظهره ابن رشد وقال انه ظاهر ما فى المدوّنة والله أعلم ص ﴿ومن أقام شاهدا على جرح أو قتل كافر أو عبد أو جنين حلف واحدة وأخذ الدية﴾ ش أجمل المصنف رحمه الله فى قوله وأخذ الدية اما مسئلة الجرح فقال فى المدونة لا قسامة فى الجراح لكن من أقام

فى الجرح ولا يثبت الا ببينة أو شاهد عدل فيحلف ولاته معه يمينا واحدة و يستحقون ديته ابن يونس يريد يحلف كل واحد ممن يرث الغرة يمينا انه قتله (وان نكل برئ الجارح ان حلف والاحبس) من المدونة من أقام شاهدا على جرح عمد فليحلف و يقتص فان نكل قيل للجارح احلف وابرأ فان نكل حبس حتى يحلف الجلاب وان طال الحبس أطلق (فلو قالت دمى وجنينى عند فلان ففيها القسامة ولا شئ فى الجنين) ابن الحاجب وكذلك لو ألقت جنينا ميتا وقالت دمى وجنينى عند فلان وماتت كانت القسامة فى الأم ولا شئ فى الجنين ولو ثبت الامر ان بعدل واحد فالقسامة فى الأم و يمين واحدة فى الجنين (ولو استهل) من المدونة ان قالت دمى عند فلان نخرج جنينها حيا فاستهل صارخا ثم مات ففى الأم القسامة ولا قسامة فى الولد لانها لو قالت قتلنى وقتل فلانا معى لم يكن فى فلان قسامة

﴿ باب ﴾ ابن شاس

﴿ كتاب الجنايات الموجبة للعقوبات ﴾ وهى سبع * البغى * والردة * والزنا * والقذف * والسرقة * والحرابة * والشرب * الجناية الاولى البغى والنظر فى صفات البغاة وأحكامهم ﴿ الباغية فرقة خالفت الامام لمنع حق أو خلعه) ابن عرفة البغى هو الامتناع من طاعة من ثبتت امامته فى غير معصية بمغالبة ولو تأولا قال وحكم ثبوت الامامة فى علم الكلام والحديث وختم أبو المعالى كتاب اللمع بما نصه فصل شرائط الامامة ثلاثة أحدها أن يكون الامام مستجمعا لشرائط الفتوى الثانى أن يكون قرشى النسب الثالث أن يكون ذا نخوة وكفاءة فى المعضلات ونزول الدواهى والملمات فهذه عقيدة أهل السنة والجماعة تلقاها الخلف عن السلف أبنا فيما تكمل به هداية المسترشدين و يقع به الاقناع فى أصول الدين انتهى الفصل وقال النووى فى منهاجه تتصور امامة العبد انظره بعد هذا وقال فى ارشاده ومن شرائط الامامة أن يكون الامام مهتديا الى مصالح الامور وضبطها ذا نجدة فى تجهيز الجيوش وسد الثغور ذا رأى مصيب فى النظر للمسلمين لا تزعزعه هواءة نفس ولا خور طبيعة عن ضرب الرقاب والتنكيل

شاهدا عدلا على جرح عمد أو خطأ فليحلف معه يمينا واحدة و يقتص فى العمد و يأخذ العقل فى الخطأ قيل لابن القاسم لم قال مالك ذلك فى جراح العمد وليست بمال فقال كلمت مالكا فى ذلك فقال انه لشئ استحسناه ما سمعت فيه شيأ هذا لفظها على اختصار ابن عرفة ونحوه لابن الحاجب ثم قال فان نكل من قام بالشاهد حلف الجارح فان نكل قال ابن القاسم حبس حتى يحلف وأما مسئلة الكافر فقال فى المدونة فى نصرانى قام على قتله شاهد واحد عدل مسلم يحلف ولاته يمينا واحدة و يستحقون الدية على قاتله مسلما كان أو نصرانيا هذا لفظها أيضا باختصار ابن عرفة وانظر هل يحلف كل واحد من ولاته يمينا أو تجزئهم يمين واحدة والظاهر من كلام المدونة المذكور أنه يحلف كل واحد من ولاته يمينا واحدة وأما مسئلة العبد فكذلك يحلف سيده يمينا واحدة و يأخذ قيمة عبده سواء كان قاتله حرا أو عبدا (فرع) ان أقام شاهدا ان عبد فلان قتل عبده حلف معه وخير سيد القاتل بين أن يغرم قيمة المقتول أو يسلم عبده فان أسلمه لم يقتل لانه لا يقتل القاتل بشاهد واحد قاله فى المدونة ونقله ابن عرفة وانظر هل يضرب القاتل مائة و يحبس عاما وأما مسئلة الجنين فانه يحلف كل واحد من ورثته يمينا واحدة قاله فى المدونة ونقله ابن عرفة ونصه وفيها ان ضربت امرأة فألقت جنينا ميتا وقالت دمى عند فلان ففى المرأة القسامة ولا شئ فى الجنين الا ببينة تثبت كانه جرح من جراحها ولا قسامة فى الجرح ولا يثبت الا ببينة أو شاهد عدل فتحلف ولاته معه يمينا واحدة و يستحقون ديته الصقلى يريد يحلف كل واحد ممن يرث الغرة يمينا انه قتله وفيها ان قالت دمى عند فلان نخرج جنينها حيا فاستهل صارخا ثم مات ففى الام القسامة ولا قسامة فى الولد لانها لو قالت قتلنى وقتل فلانا معى لم يكن فى فلان قسامة انتهى بخلاف ما اذا ثبت موتها وخروج الولد بشاهد واحد فان ورثته يحلفون معه يمينا و يستحقون الغرة وان استهل صارخا ففيه القسامة لان الشاهد لوث وقول المرأة ليس لوثا فى حق ولدها والله أعلم ص ﴿ فلو قالت دمى وجنينى ﴾ ش ليس فى هذه الصورة الا قول المرأة فقط فليست بمعارضة لما تقدم فتأمله والله أعلم

ص ﴿ باب * الباغية فرقة خالفت الامام لمنع حق أو خلعه ﴾

ش لما فرغ رحمه الله من الكلام على القتل والجرح اللذين يكون عنهما اذهاب النفس الذى هو من أعظم الذنوب فى حق الآدميين أتبع ذلك بالكلام على الجنايات التى توجب سفك الدماء أوما

للمستوجبين الحدود و يجمع ماذكرناه الكفاءة وهي مشروطة اجماعا قال ومن شرائط الامامة الورع والعدالة وكيف يتصدر لها من ترد شهادته وقال ابن يونس افترض الله قتال الخوارج ثم قال بعد كلام وان كانوا يظلمون الوالى الظالم فلا يجوز لك الدفع عنه ولا القيام عليه ولا يسعك الوقوف عن العدل كان هو القائم أو المقام عليه قال عياض انحدر المأمون الى محاربة بعض بلاد مصر وقال للحرث بن مسكين ماتقول فى خروجنا هذا فقال أخبرنى ابن القاسم عن مالك ان الرشيد سأله عن قتال أهل دمك فقال ان كانوا خرجوا عن ظلم السلطان فلا يحل قتالهم ومن تفسير القرطبى عند قوله سبحانه انى جاعل فى الارض خليفة لا ينبغى للناس أن يسارعوا الى نصرة مظهر العدل وان كان الاول فاسقا لان كل من يطلب الملك يظهر من نفسه الصلاح حتى يتمكن فيعود بخلاف ماأظهر وسأل ابن نصر مالكا عن الفتن بالاندلس وكيفية المخرج منها اذا خاف الانسان على نفسه فقال مالك أما أنا فما أتكلم فى هذا بشئ فأعاد الرجل الكلام عليه وقال انى رسول من خلفى اليك فقال له مالك كف عن الكلام فى هذا ومثله وأنا لك ناصح ولا تجب فيه ولابن محرز فى تبصرته من شارك فى عزل انسان وتولية غيره ولم يأمن سفك دم مسلم فقد شارك فى سفك دمه ان سفك راجعه فى مصرف الزكاة منه ونقل ابن رشد والمتيطى وغيرهما من شارك فى قتل مسلم ولو بشطر كلمة لقى الله يوم القيامة و بين عينيه مكتوب آيس من رحمة الله قال ابن العربى فى قوله ولا تنازع الامر أهله يعنى من ملكه لامن يستحقه فان الامر فيمن يملكه أكثر منه فيمن يستحقه والطاعة واجبة فى الجميع فالصبر على ذلك أولى من التعرض لافساد ذات البين وقال النووى فى منهاجه قوله صلى الله عليه وسلم اسمع وأطع وان كان عبدا قال تتصور امامة العبد اذا ولاه بعض الأئمة وتغلب على البلاد بشوكته وأتباعه فيسمع له ويطاع وقال أبو عمر فى تمهيده ذهبت طائفة من المعتزلة وعامة الخوارج الى منازعة الجائر قال وأما أهل الحق وهم أهل السنة فقالوا الصبر على طاعة الجائر أولى قال والاصول تشهد والعقل والدين ان أعظم المنكرين وأهين أولاهما بالترك قال وكتب ابن مروان لعبد الله بن عمر ان يبايع الحجاج قال لأن فيك خصالا لاتصح معها الخلافة

> دونه من العقوبات والجناية هو مايحدثه الرجل على نفسه أو غيره مما يضر حالا أو مآلا والجنايات الموجبة للعقوبات سبع البغى والردة والزنا والقذف والسرقة والحرابة والشرب وبدأ المصنف بالبغى لانه أعظمها مفسدة اذ فيه اذهاب الأنفس والأموال غالبا فقال باب أى هذا باب اذكر

وهى البخل والغيرة والعى فجاوبه ابن عمر سمعنا وأطعنا غفرانك ربنا واليك المصير اللهم ان ابن مروان يعيرنى بالبخل والغيرة والعى فلو وليت وأعطيت الناس حقوقهم وقسمت بينهم فأى حاجة لهم حينئذ فى مالى يعى فيبخلونى ولو جلست اليهم مجالسهم فقضيت حوائجهم لم تبق لهم حاجة فى شئ فيعرفون غيرتى ومامن قرأ كتاب الله ووعظ به بعيى وقال ابن يونس من صلى خلف من يشرب الخمر أعاد أبدا قال ابن حبيب الا أن يكون الامام الذى تؤدى اليه الطاعة فلا يعيد الا أن يكون فى حال صلاته سكرانا قاله من لقيت من أصحاب مالك قال ابن حبيب أو قاض أو خليفة أو صاحب شرطة فيجوز أن يصلى خلفهم الجمعة أو غيرها اذ منع الصلاة معهم داعية الى الخروج من طاعتهم وقد صلى عبد الله بن عمر خلف الحجاج ونجدة الحرورى وقال عياض فى اكماله أحاديث مسلم كلها حجة فى منع الخروج على الأئمة الجورة وفى لزوم طاعتهم وقال قبل ذلك جمهور أهل السنة من أهل الحديث والفقه والكلام انه لا يخلع السلطان بالفسق والظلم وتعطيل الحقوق ولا يجب الخروج عليه بل يجب وعظه وتخويفه زاد أبو حامد وتضييق صدورهم وقال أبو عمر فى تمهيده فى قوله صلى الله عليه وسلم الدين النصيحة الى ولأئمة المسلمين قال أوجب ما يكون هذا على من واكلهم وجالسهم وكل من أمكنه نصح السلطان لزمه ذلك قال مالك وذلك اذا رجا أن يسمع قال أبو عمر والادعاء لهم فانهم كانوا ينهون عن سب الامراء ثم نقل بسنده كان الاكابر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهون عن سب الامراء انظر عند قوله وزيد للامام الاعظم كونه قرشيا (فللعدل قتالهم) ابن عرفة لو قام على امام من أراد ازالة مابيده فقال مالك ان كان مثل عمر بن عبد العزيز وجب على الناس الذب عنه وأما غيره فلا قال ابن بطال دعا على رضى الله عنه بعضهم الى القتال معهم فأبوا أن يجيبوا فعذرهم وكذا يجب على الامام أن لا يعيب من تخلف عنه فى قتال البغاة القرافى الزواجر مشروعة لدرء المفسدة المتوقعة وقد لا يكون المزجور آثما كالصبيان والمجانين والبهائم وكذلك البغاة انما قتالهم درء لتفريق الكلمة مع عدم التأثيم لانهم متأولون قال و يفترق قتالهم من قتال الكفار بأحد عشر وجها منها انه يقصد بالقتال ردعهم لاقتلهم و يكف عن مدبرهم ولا يجهز على جريحهم ولا يقتل أسراهم ولا تغنم أموالهم ولا تنصب عليهم الرعادات ولا تحرق مساكنهم ولا تقطع

أشجارهم ولا يدعهم على مال ويفترق أيضا قتالهم من قتال المحاربين بأن البغاة لا يطلبون بما استهلكوه من دم ومال وما أخذوه من خراج وزكاة وسقطت عمن كانت عليه ولما ذكر عز الدين مثل الزواجر قال ما نصه المثال الثاني الزجر عن مفسدة البغي فان رجعوا الى الطاعة كففنا عن قتلهم وقتالهم وهذا زجر عن مفسدة لا اثم فيها (وان تأولوا) أبو عمر رأى مالك قتال الخوارج ابن يونس قال مالك يستتاب أهل الاهواء من القدرية وغيرهم وذلك اذا كان الامام عدلا ولا يصلى عليهم قال سحنون ادبا لهم قال أبو عمر وذهب الشافعي وأبو حنيفة وجمهور الفقهاء وكثير من أهل الحديث الى ترك قتالهم وكتب عمر بن عبد العزيز في الخوارج ان كان رأى القوم أن يسيحوا في الأرض من غير فساد على الأئمة ولا على أحد من أهل الذمة ولا على قطع سبيل من سبل المسلمين فليذهبوا حيث شاؤوا وان كان اثمار أيهم القتال فوالله لو ان أبكاري خرجوا رغمة عن جماعة المسلمين لارقت دماءهم التمس بذلك وجه الله ابن شاس بناء ب غ ى للطلب ووقع التعبير بها هنا عمن يبغي ما لا ينبغي على عادة اللغة في تخصيص الاسم ببعض متعلقاته وهو الذي يخرج على الامام يبتغي خلفه أو يمتنع من الدخول في طاعته أو يمنع حقا وجب عليه بتأويل قاتل الصديق مانعي الزكاة بالتأويل وكذلك علي قاتل أهل الشام (كالكفار) في النوادر اذا امتنع أهل البغي ولو كانوا متأولين من الامام العدل فله فيهم ماله في الكفار ولا يرميهم بالنار وأن لا يكون فيهم نساء ولا ذرية (ولا يسترقون) قال سحنون في الخوارج سماهم النبي صلى الله عليه وسلم مارقين ولم يسمهم كفارا وسن علي رضي الله عنه قتالهم فلم يكفرهم ولا سباهم ولا أخذ أموالهم فمواريثهم قائمة ولهم أحكام أهل الاسلام في ذلك وانما قوتلوا بالسنة وبما أحدثوا من البدعة فكان ذلك كحد يقام عليهم ولا يتبعوا بما سفكوا من دم ونالوا من فرج لا بقود ولا بدية ولا صداق ولا حد (ولا تحرق أشجارهم ولا ترفع رؤسهم بارماح) تقدم نص القرافي لا تحرق مساكنهم ولا تقطع أشجارهم ولا يستعان على قتالهم بمشرك ولا يوادعهم على مال (ولا يدعوهم بمال) تقدم نص القرافي لا يوادعهم على مال (واستعين بمالهم عليهم ان احتيج له ثم رد) قال عبد الملك ما أصاب الامام من عسكر أهل البغي من كراع أو سلاح فان كانت لهم فئة قائمة فلا بأس أن يستعين به الامام ومن معه على قتالهم ان احتاجوا اليه فان زالت الحرب رد لأهله (كغيره) قال عبد الملك وغير السلاح والكراع توقف حتى ترد اليهم وان لم تكن لهم فئة قائمة رد ذلك من سلاح وغيرها وكذا فعل علي رضي الله عنه (وان أمنوا لم يتبع منهزمهم ولم يذفف على جريح) قال عبد الملك ان أسر من الخوارج أسير وقد انقطعت الحرب فلا يقتل وان كانت الحرب قائمة فللامام قتله ولو كانوا جماعة اذا خاف أن يكون منهم ضرر وعلى هذا يجرى حكم التذفيف على الجريح واتباع المنهزم وقاله سحنون وعبارة ابن الحاجب اذا ظهر عليهم وأمنوا فلا يذفف على جريحهم ومنهزمهم

فيه أحكام البغي والبغي في اللغة قال الجوهري هو التعدي وقال ابن العربي في أحكام القرآن ان مادة ب غ ى للطلب الا انه في العرف مقصور على طلب خاص وهو ابتغاء ما لا ينبغي ابتغاؤه انتهى وفي الاصطلاح قال ابن عرفة البغي هو الامتناع من طاعة من ثبتت امامته في غير معصية بمغالبة ولو تأولا انتهى وعرفها المؤلف بقوله الباغية أي الفئة الباغية هي فرقة من المسلمين خالفت الامام لشيئين اما لمنع حق وجب عليها من زكاة أو حكم من أحكام الشريعة أو لدخول في طاعته فانه حق أو خالفته لخلعه قال ابن عبد السلام والمراد بالامام هنا الامام الأعظم أو نائبه انتهى وقال في التوضيح نخرج الخروج عن طاعة غير الامام فانه لا يسمى بغيا اه يريد أو نائبه وعلم أنه لو خرجت لا لمنع حق بل لمنع ظلم كامره بمعصية ليست بباغية كما يفهم من كلام ابن عرفة وزاد ابن عرفة وابن الحاجب قيدا آخر وهو كون الخروج مغالبة ولا بد منه قال ابن عبد السلام ولفظة مغالبة كالفصل أو كالخاصة لان من عصى الامام لا على سبيل المغالبة لا يكون من البغاة انتهى ونحوه في التوضيح ونصه واخراج الخروج عن طاعة الامام من غير مغالبة فان ذلك لا يسمى بغيا اه وكأنهم يعنون بالمغالبة المقاتلة فمن خرج عن طاعة الامام من غير مغالبة لا يكون باغيا ومثال ذلك ما وقع لبعض الصحابة رضي الله عنهم وحشرنا في زمرتهم وأماتنا على محبتهم وسنتهم انه مكث أشهرا لم يبايع الخليفة ثم بايعه رضي الله عنهم أجمعين ولابن عرفة في آخر الجهاد كلام حسن في قتال أهل العصبية وقتل الخوارج وكذا للشيخ أبي الحسن الصغير كلام حسن في الجهاد والله أعلم (فائدة) قال القرطبي في شرح مسلم البيعة مأخوذة من البيع وذلك ان المبايع للامام يلزمه أن يقيه بنفسه وماله فكأنه بذل نفسه وماله لله تعالى وقد وعد الله تعالى على ذلك بالجنة فكأنه حصلت معاوضة ثم هي واجبة على كل مسلم لقوله صلى الله عليه وسلم من مات وليس في عنقه بيعة مات

(وكره لرجل قتل أبيه) ابن سحنون ولا بأس أن يقتل الرجل فى قتالهم أخاه وقرابته فاما الأب وحده فلا أحب قتله تعمدا وكذلك الاب الكافر (وورثه) تقدم نص سحنون مواريثهم قائمة (ولم يضمن متأول أتلف نفسا ومالا) من المدونة والخوارج اذا خرجوا فاصابوا الدماء والاموال ثم تابوا ورجعوا وضعت الدماء عنهم ويؤخذ منهم ماوجد بايديهم من مال بعينه وما استهلكوه لم يتبعوا به ولو كانوا أملياء لانهم متأولون بخلاف المحاربين أنظر قبل هذا عند قوله وان تأولوا (ومضى حكم قاضيه وحد أقامه) ابن شاس ان ولى البغاة قاضيا وأخذوا زكاة وأقاموا حدا فقال الأخوان ينفذ ذلك كله وقال ابن القاسم لايجوز ابن عرفة قال ابن عبد السلام ظاهر المذهب امضاء ذلك ونص المدونة ماأخذوه من الزكاة تجزى عن أربابها (ورد ذمى معه الى ذمته) الشيخ وظاهره من الواضحة ان قاتل مع المتأولين أهل الذمة وضع عنهم ماوضع عنهم وردوا الذمتهم (وضمن معاقد النفس والمال) ابن شاس أما أحكام البغاة ثم قال وما أتلفوه فى الفتنة فلا ضمان فيه من نفس ولا مال هذا ان كانوا خرجوا على تأويل وأما أهل العصبية وأهل الخلاف لسلطانهم بغيا بلا تأويل فيؤخذون بالقصاص ورد المال قائما كان أو فائتا أنظر قبل هذا عند قوله كزاحفة على دافعة والذمى معه ناقض ابن شاس ان كان المستعينون باهل الذمة أهل عصبية وخلاف الامام العدل فهو نقض لعهدهم وان كان السلطان غير عادل واستعانوا باهل الذمة فليس ذلك نقضا لعهد أهل الذمة ابن عرفة هذا ان خرجوا مع أهل العصبية طوعا (والمرأة المقاتلة كالرجل) ابن شاس اذا قاتل النساء بالسلاح مع البغاة فلاهل العدل قتلهن فى القتال فان لم يكن قتالهن الا بالتحريض ورمى الحجارة فلا يقتلن وان أسرن وقد كن يقاتلن قتال الرجال لم يقتلن الا أن يكن قد قتلن قال الشيخ أبو محمد يريد فى غير أهل التأويل

﴿باب﴾ ابن شاس الجناية الثانية الردة والنظر فى حقيقتها وحكمها (الردة كفر المسلم) ابن عرفة الردة كفر بعد اسلام تقرر * المتيطى ان نطق الكافر بالشهادتين ووقف على شرائع الاسلام وحدوده ثم التزمها اسلامه وان أبى من التزامها لم يقبل منه اسلامه ولم يكره على التزامها وترك على دينه ولم يعد مرتدا (بصريح أولفظ يقتضيه أوفعل يتضمنه) ابن شاس ظهور الردة اما التصريح بالكفر أو بلفظ يقتضيه ابن عرفة قوله بلفظ يقتضيه كانكار غير حديث بالاسلام وجوب ماعلم وجوبه من الدين ضرورة (كالقاء مصحف بقذر وشد زنار) ابن عرفة قول ابن شاس أو بفعل يتضمنه هو كلبس الزنار والقاء المصحف فى صريح النجاسة والسجود للصنم ونحو ذلك (وسحر) محمد قول مالك وأصحابه ان الساحر كافر بالله تعالى قال مالك

ميتة جاهلية غير أنه من كان من أهل الحل والعقد والشهرة فبيعته بالقول والمباشرة باليد ان كان حاضرا أو بالقول والاشهاد عليه ان كان غائبا ويكفى من لايؤبه له ولايعرف أن يعتقد دخوله تحت طاعة الامام ويسمع ويطيع له فى السر والجهر ولا يعتقد خلافا لذلك فان أضمره فمات مات ميتة جاهلية لانه لم يجعل فى عنقه بيعة انتهى وقال قبله بنحو الورقة فى شرح قوله صلى الله عليه وسلم انما الطاعة فى المعروف انما للحصر ويعنى به ماليس بمنكر ولا معصية فيدخل فيه الطاعة الواجبة والمندوب اليها والامور الجائزة شرعا فلو أمر بجائز صارت طاعته فيه واجبة ولما حلت مخالفته فلو أمر بما زجر الشرع عنه زجر تنزيه لاتحريم فهذا مشكل والاظهر جواز المخالفة تمسكا بقوله انما الطاعة فى المعروف وهذا ليس بمعروف الا أن يخاف على نفسه منه فله أن يقتثل انتهى وتقدم فى الاستسقاء شئ من هذا المعنى ص ﴿وكره لرجل قتل أبيه﴾ ش هذا هو المشهور وروى جوازه ابن عبد السلام وهذا الخلاف مقصور على الاب ولا يتعداه الى الجد وقد تقدم فى غير هذا الموضع اختلاف الطرطوشى وعياض فى الجد هل يتنزل منزلة الأب فى وجوب البر انتهى

ص ﴿باب * الردة كفر المسلم﴾

ش نسأل الله تعالى العصمة منها ومن سائر الكبائر وأن يتوفنا مسلمين واحترز بقوله كفر المسلم مما اذا انتقل الكافر من دينه الى دين آخر فان المشهور انه لايتعرض له كما سيصرح بذلك المصنف وهو قول مالك وقيل انه يقتل الا أن يسلم قاله الشارح وأظنه لابن الماجشون اه (قلت) وقال فى الشفاء اختلف العلماء فى الذى يتزندق فقال مالك ومطرف وابن عبد الحكم وأصبغ لايقتل لانه خرج من كفر الى كفر وقال ابن الماجشون يقتل لانه دين لايقر عليه أحد ولا تؤخذ عليه جزية ص ﴿وسحر﴾ ش ظاهر كلامه ان السحر ردة وانه يستتاب الساحر اذا أظهر ذلك فان تاب والا قتل والقول الراجح فيه ان حكمه حكم الزنديق يقتل ولا تقبل توبته الا أن يجىء

هو كالزنديق اذا عمل السحر بنفسه قتل ولم يستتب ومن لم يباشر عمل السحر وجعل من يعمله له ففى الموازية يؤدب أدبا شديدا *
الباجى ولا يقتل الساحر حتى يثبت ان مايفعله هو من السحر الذى وصفه الله بانه كفر قال أصبغ يكشف عن ذلك من يعرف حقيقته
يريد ويثبت ذلك عن الامام لانه معنى يجب به القتل فلا يحكم به الابعد ثبوته وتحقيقه كسائر مايجب به القتل وفى الموازية فالذى
يقطع اذن الرجل أو يدخل السكاكين فى جوف نفسه ان كان سحرا قوتل وان كان خلافه عوقب وفى المبسوط فى امرأة عقدت
زوجها عن نفسها أوعن غيرها أنها تنكل ولا تقتل (وقول بقدم العالم أو بقائه أوشك فى ذلك أو بتناسخ الارواح) عياض وكذلك
يقطع على كفر من قال بقدم العالم أو بقائه أوشك فى ذلك على مذهب الفلاسفة والدهرية أوقال بتناسخ الارواح
أوانتقالها أبد الابد فى
الاشخاص (أو بقوله فى
كل جنس نذير) عياض
وكذلك يكفر من ذهب
الى مذهب بعض القدماء
فى ان لكل جنس من
الحيوان نذيرا أونبيا من
القردة والخنازير
والدواب والدود (أوادعى
شركا مع نبوته صلى الله
عليه وسلم) عياض وكذلك
يكفر من ادعى نبوة أحد
مع نبينا صلى الله عليه وسلم
أو بعده كالعيسوية
وكالجرمية وكأكثر الرافضة
(أو بمحاربة نبى) عياض
وكذلك أجمع على تكفير
من استخف بأحد من
الانبياء أوازرى عليهم أو
آذاهم أوحارب نبينا صلى
الله عليه وسلم فهو كافر
باجماع (أوجوزا كتساب
النبوة أوادعى انه يصعد
للسماء أو يعانق الحور) عياض وكذلك وقع الاجماع على تكفير كل من دافع نص الكتاب ثم قال بعد كلام أوادعى النبوة
لنفسه أوجوزا كتسابها والبلوغ بتصفية القلب الى مرتبتها كالفلاسفة وعامة المتصوفة وكذلك من ادعى منهم انه يوحى اليه وان لم
يدع النبوة أوانه يصعد الى السماء ويدخل الجنة ويأكل من ثمرها ويعانق الحور فهؤلاء كلهم كفار مكذبون للنبى صلى الله عليه وسلم
(أواستحل كالشرب) عياض وكذا أجمع المسلمون على تكفير كل من استحل القتل أوشرب الخمر أوشيأ مما حرم الله بعد علم هذا
بتحريمه كاصحاب الاباحة من القرامطة وبعض غلاة المتصوفة (لا بأماته الله كافرا على الاصح وفصلت الشهادة فيه) ابن شاس لا ينبغى
ان تقبل الشهادة على الردة دون تفصيل لاختلاف المذاهب فى التكفير * ابن عرفة هذا حسن وهو مقتضى قوله فى الشهادة فى
السرقة ينبغى للامام اذا شهدت عنده بينة ان فلانا سرق مايقطع فى مثله ان يسئلهم عن السرقة ماهى وكيف هى ومن أين أخذ

تائبا بنفسه انظر ابن الحاجب والتوضيح ص ﴿ وقول بقدم العالم أو ببقائه ﴾ ش قال فى
الشفاء وكذلك يقطع بكفر من قال بقدم العالم أو ببقائه أوشك فى ذلك انتهى فقول الشارح هذا
على القول بتكفير هؤلاء ولمالك وغيره فيهم قولان يوهم ان فى كفر من قال بقدم العالم أو ببقائه
خلافا وليس كذلك والله أعلم ص ﴿ أوشك فى ذلك ﴾ ش تقدم النص عليه فى كلام الشفاء
وقول الشارح ان هذا ليس من الامور الثلاثة يعنى قول المصنف بصريح أولفظ يقتضيه أوفعل
يتضمنه وعليه فالحد الذى ذكره ليس بجامع لخروج هذا النوع منه غير ظاهر لان التلفظ بالشك
فى ذلك داخل فى اللفظ الذى يقتضى الكفر وأما الشك من غير أن يتلفظ بذلك فهو وان كان كفرا
لاشك فيه لكنه لا يوجب الحكم بكفره ظاهرا الابعد التلفظ بذلك كما ان اعتقاد الكفر من
غير تلفظ به كفر ولكن لا يحكم على صاحبه بالكفر الابعد التلفظ بما يقتضيه فتأمله والله أعلم ص
﴿ أو بتناسخ الارواح ﴾ ش أى انتقالها فى الأشخاص الآدمية وغيرها وان تعذيبها وتنعيمها
بحسب زكاتها وخبثها فاذا كانت النفس شريرة أخرجت من قالبها التى هى فيه وألبست قالبا
يناسب شرها من كلب أوخنزير أوسبع ونحو ذلك فان أخذت جزاء شرها بقيت فى ذلك القالب
تنتقل من فرد الى فرد وان لم تأخذ انقلبت الى قالب أشر منه وكذلك حتى تستوفى جزاء الشر وفى
الخير تنتقل الى أعلى ولذلك يعتقدون أن لا خير ولا شر ولا جنة ولا نار نسأل الله السلامة فأدى
اعتقاد التناسخ الى انكار ما أجمع المسلمون عليه والله أعلم ص ﴿ أوادعى انه يصعد الى السماء أو
يعانق الحور ﴾ ش (فرع) قال الأبى فى شرح مسلم فى كتاب الحج فى شرح قول عمران بن
حصين مانصه كلام الملائكة مع غير الانبياء يصح وكان الشيخ ابن عبد السلام يحكى عن بعض
الطلاب من شيوخ زمانه ان من قال اليوم كلمتنى الملائكة يستتاب والحديث يرد عليه والصواب ان
ذلك يختلف بحسب حال من زعمه فان كان متصفا بالصلاح تجوز عنه والازجر عن قول ذلك بحسب
مايراه الحاكم ومن هذا المعنى مايتفق لبعضهم أن يقول قيل لى وخوطبت وكان الشيخ أبو عبد الله
يعنى ابن عرفة يشدد القول فيه وفى انكاره على من زعمه اه وفى الشفاء وكذلك من ادعى مجالسة
الله والعروج اليه ومكالمته يعنى انه كافر باجماع المسلمين انتهى وقال ابن عبد السلام الشافعى فى أماليه

والى اين أخرجها (واستتيب ثلاثة أيام بلا جوع وعطش ومعاقبة مالم يتب فان تاب والاقتل) قال الرسول عليه السلام من غير دينه فاقتلوه قال مالك وذلك فيمن خرج من الاسلام الى غيره لامن خرج من ملة سواه الى غيرها وجاء عن عمر رضى الله عنه وعن غيره استتابة المرتد ثلاثا لقوله سبحانه قل للذين كفروا ان ينتهوا وسئل مالك عن قول عمر ألاحبستموه ثلاثا وأطعمتموه فى كل يوم رغيفا فقال لا بأس به وليس بالمجمع عليه قال مالك واذا تاب المرتد قبلت توبته ولاحد عليه فيما صنع فى ارتداده ومن ابن شاس ثم عرض التوبة على المرتد واجب والنص انه يمهل ثلاثة أيام قال مالك وما علمت فى استتابته تعطيشا ولا تجويعا ولا عقوبة عليه اذا تاب * ابن الحاجب ان لم يبت لم يقم عليه غير الفرية ويقتل وانظر قبل قوله لاحد الفرية ان أخذ على ارتداده لم يستتب ان حارب بارض الكفر أو بارض الاسلام (واستبرئت بحيضة) أما فى حد الزنا فسيأتى عند قوله وتؤخر المتزوجة لحيضة وقد تقدم عند قوله والحامل وان بجرح مخوف ما فى الموازية وانها لاتصدق فى دعوى الحمل (ومال العبد لسيده والافىء) ابن شاس أما مال المرتد ثم قال أما ان مات أوقتل على ردته فاله فىء الاأن يكون عبدا فماله لسيده انتهى أنظر من ارتد قبل البلوغ فى المدونة (قلت) أرأيت الغلام ان ارتد قبل بلوغه الحلم قال لايصلى عليه ولا تؤكل ذبيحته قال سحنون يصلى عليه لأنه يكره على الاسلام ويرثه ورثته * اللخمى الاحسن ان لمن ارتد حكم المرتد ولمن أسلم حكم المسلم قال ابن القاسم من قال فى مرضه لم أكن قط مسلما وكنت أرائى فانه لايرثه ورثته المسلمون ولا غيرهم ونحوه لمالك وفى كتاب ابن حبيب ان اتهم انه أراد منع ورثته ورثوه انتهى وانظر لو مات للمرتد موروث فى حال ارتداده فان مات على ردته لم يرثه فان راجع الاسلام فقال ابن القاسم لايرثه وقال أشهب يرثه كما يرجع اليه ماله وعبارة المدونة ان رجع الى الاسلام كان أولى بماله خلافا لما فى المبسوط وفى النكت اذا وقف مال المرتد لم ينفق منه على ولده الصغار وينفق منه على أم ولده ومدبره أنظر هذا فهو الذى يأتى على قول ابن القاسم انه ان راجع الاسلام ردت اليه أم ولده (وبقى ولده مسلما كان ترك) أنظر مانقص هنا * ابن شاس أما ولد المرتد فلا يلحق به فى الردة اذا كان صغيرا إذ تبعية الولد لأبيه انما تكون فى دين يقر عليه فان قتل الأب على الكفر بقى الولد مسلما ومن ابن عرفة قال ابن القاسم صغير ولد المرتد ان كان ولده قبل ردته جبر على الاسلام وضيق عليه ولا يبلغ به الموت وان ولده بعد ردته جبروا على الاسلام وردوا اليه وان لم يدركوا حتى بلغوا تركوا لأنهم ولدوا على ذلك وقال ابن القاسم من ترك ولده الصغير مع مطلقته النصرانية لأنه ابنها فغفل عنه حتى احتلم على النصرانية ان لم يرجع للاسلام لم يقتل (وأخذ منه لاجنى عمدا على عبد أو ذمى لاحر مسلم كان هرب لبلاد الحرب) ابن شاس لو قتل فى ردته حرا عمدا وهرب لبلاد الحرب لم يكن لولاة المقتول فى ماله شىء ولا ينفق على ولده ولا على عياله منه بل يوقف فان مات فهو فىء وان كان القتيل عبدا أو ذميا أخذ ذلك من ماله أنظر آخر فصل من كتاب المحاربين من المقدمات ولابن رشد لا خلاف اذا لحق بدار الشرك فتنصر وأصاب الدماء والاموال ثم أخذ فاسلم انه يهدر عنه جميع ما أصاب كالحربى اذا أسلم سواء وهذا اذا لم يكفر مجنونا وفاسقا ولو ارتد وأصاب الدماء والاموال فى بلد الاسلام ثم أسلم انهدرت عنه حقوق الله تعالى من الزنا والسرقة وحد الحرابة وأخذ بحقوق الناس من الاموال والدماء والجراح على مذهب ابن القاسم وأما اذا أخذ على ارتداده فلا خلاف انه يقتل ولا يستتاب وسواء كانت حرابته فى أرض الشرك أو فى أرض الاسلام

اذا قال ولى من أولياء الله تعالى أنا الله عزر التعزير الشرعى وهذا لاينافى الولاية اذ الاولياء غير معصومين انتهى (قلت) وانظر مامراده بالتعزير الشرعى هل هو الاستتابة أوغيرها والظاهر انه الاستتابة لان هذا القول فيه دعوى الالوهية أوحلول البارى سبحانه وتعالى فيه فتأمله ص ﴿واستتيب ثلاثة أيام﴾ ش ظاهر كلامه ان تأخيره ثلاثة أيام واجب هكذا قال فى التوضيح انه ظاهر المذهب وقال ابن العربى فى أول كتاب التوسط فى أصول الدين ألا ترى ان المرتد استحب العلماء له الامهال لعله انما ارتد لريب فيتربص به مدة لعله ان يراجع الشك باليقين والجهل بالعلم ولا يجب ذلك لحصول العلم بالنظر الصحيح أولا اه وقال القاضى عبد الوهاب فى شرح الرسالة وعرض التوبة واجب على الظاهر من المذهب الا أنه ان قتله قاتل قبل استتابته فبئس ماصنع ولا يكون فيه قود ولادية انتهى وانظر نوازل سحنون من كتاب الديات ص ﴿فان تاب والا قتل﴾ ش فان تاب فلا عقوبة عليه نص عليه فى التوضيح وابن عرفة وصاحب اللباب والذخيرة وأصله فى البيان فى رسم الأقضية الثانى من سماع أشهب من كتاب المحاربين والمرتدين وفى أواخر

(الاحدا لفرية) من المدونة ان قتل على ردته فالقتل يأتي على كل حد أو قصاص وجب عليه للناس الا القذف فانه يحد له ثم يقتل وفي المدونة اذا قذف الحربي مسلما ثم أسلم أو أسر لم يحد للقذف ألا ترى ان القتل موضوع عنه * ابن عرفة كان يجري لنا أن هذين النصين متناقضان (واخطأ على بيت المال كأخذه جناية عليه) ابن الحاجب لو قتل المرتد مسلما خطأ فان لم يتب فالدية على بيت المال ان تاب فالدية على تفصيلها كالمسلم والجناية عليه تقدمت وعقلها ان لم ينسب للمسلمين وان تاب فله * ابن شاس وعمد من جرحه كالخطأ لا يقاد منه ولو جرحه عبد أو نصراني فلا قود له لأنه ليس على دين يقر عليه وفيه العقل (وان تاب فماله له) قال ابن القاسم يوقف السلطان مال المرتد قبل ان يقتل * ابن عرفة والمعروف ان تاب رجع اليه ماله أنظر قبل قوله وبقي ولده (وقدر كالمسلم فيها) ابن الحاجب ان تاب المرتد قدر جانيا مسلما في القود والعقل وفي كتاب محمد الاحب الي اذا تاب المرتد ان يكون ماقتله مسلم أو ذمي عمدا أو خطأ كأنه فعل ذلك وهو مسلم وكذلك فيما جرح أو جنى على عبد أو سرق أو قذف فليقسم عليه ان تاب مايقام على المسلم اذا فعله وتحمل عاقلته من الخطأ الثلث فأكثر ويقتص منه الحربي جراح العمد ويحد في قذفه ويقطع ان سرق وقد تقدم قول ابن رشد ان لحق بأرض الكفر انه كالحربي يهدر عنه ما أصاب من دم ومال (وقتل المستسر بلا استتابة الا ان يجيء تائبا وماله لورثته) ابن

عرفة الزنديق من يظهر الاسلام ويسر الكفران ثبتت زندقته باقراره ففي قبول توبته طريقان الاولى قبولها اتفاقا * ابن الحاجب لايقتل الزنديق اذا جاء تائبا على الاصح بخلاف من ظهر عليه * ابن شاس من ظهر عليه قتل لانه اذا ظهر عليه لم يخرج بما أبداه عن عادته ومذهبه فان التقية عند الخوف عين الزندقة قال ويقتل ولا يستتاب ويكون ميراثه لورثته المسلمين وكذلك من عبد شمسا أو قمرا أو حجرا أو غير ذلك مستترا به مظهرا للاسلام عليهم وهم يقرون بالاسلام وهم بمنزلة المنافقين على عهد النبي صلى الله عليه وسلم (وقبل عذر من أسلم وقال أسلمت عن ضيق ان ظهر) روى ابن القاسم في نصراني أسلم ثم ارتد عن قرب وقال أسلمت عن ضيق ضيق علي فان علم انه من ضيق حال أو خوف أو شبهه عذر وقاله ابن القاسم وابن وهب اذا كان عن ضيق أو عذاب أو غرم أو خوف قال أصبغ اذا صح ذلك وكان زمان يشبه ذلك في جوره (كأن توضأ وصلى وأعاد مأمومه) سمع يحيى ابن القاسم في امام صحب قوما يصلي بهم أياما ثم تبين انه نصراني أعادوا ما صلوا خلفه أبدا ولا قتل عليه (وأدب من تشهد ولم يوقف على الدعائم) المتيطي ان نطق الكافر بالشهادتين ولم يوقف على شرائع الاسلام وحدوده فلما وقف عليها أبى من التزامها فالمشهور انه يؤدب ويشدد عليه فان تمادى على ابايته ترك في لعنة الله قاله مالك وابن القاسم وغيرهما وبه العمل والقضاء * ابن عرفة نقل الموثقين عن المذهب من أجاب الى الاسلام مجملا ثم ارتد لم يقتل حتى يصلي صلاة واحدة ويؤكده قول ابن عبد الحكم ان أسلم وحسن اسلامه ثم رجع استتيب فقوله وحسن اسلامه يدل على اعتباره بالقول والعمل (كساحر ذمي ان لم يدخل ضررا على مسلم) عبد الوهاب ان كان الساحر ذميا فقال مالك لايقتل الا أن يدخل بسحره ضررا على المسلمين فيكون ذلك نقضا لعهده ولاتقبل منه التوبة وان سحر اهل دينه أدب الا أن يقتل أحدا قال الباجي لايقتل الساحر الذمي الا أن يؤذي مسلما أو يقتل ذميا قاله مالك (وأسقطت صلاة وصياما وزكاة وحجا تقدم ونذرا أو يمينا بالله أو بعتق أو بظهار واحصانا

القسم الثالث من تبصرة ابن فرحون (مسئلة) وفي عيون المجالس للقاضي عبد الوهاب اذا ارتد ثم تاب ثم ارتد ثم تاب لم يعزر في المرة الاولى ويجوز أن يعزر في المرة الثانية والثالثة والرابعة اذا رجع الى الاسلام ولست أعرفه منصوصا ولكن يجوز عندي والفرق بين الاولى وغيرها انه في الاولى يجوز أن يكون حصلت له شبهة فارتد ثم رجع بسبب زوالها فاذا عاود الردة بعد زوال الشبهة ثم تاب ضرب لانه لم يبق له شبهة ولا يزاد على التعزير ولا يحبس ولا يقتل انتهى (تنبيه) صرح في الشفاء بأن من سب النبي صلى الله عليه وسلم اذا قلنا ان ذلك ردة وانه يستتاب فانه ان تاب نكل وكذلك من كانت ردته بسبب كلام ساقط في حق الباري أو سب له فانه يؤدب وقاله في الشفاء أيضا والله أعلم ص ﴿ وماله لوارثه ﴾ ش يعني ان مال المرتد لوارثه وهذا اذا تاب وأما اذا لم يتب فلا قاله ابن بكير في أحكام القرآن وانظر أواخر الشفاء وابن عرفة ص ﴿ وأسقطت صلاة وصياما الى قوله واحصانا ﴾ ش أي وأسقطت الردة عن المرتد صلاة وصياما وزكاة أي أبطلت الصلاة والصيام والزكاة التي تعلقت بالمرتد من حين تعلق ذلك به الى حين رجوعه الى الاسلام سواء كان فعل ذلك أو لم يفعله فان كان فعل ذلك فالاسقاط بمعنى ابطال ثوابه المرتب عليه وان كان لم

يفعل ذلك فالاسقاط بمعنى ابطال تعلقه بذمته وسواء وجب ذلك قبل الردة أو أدركه وقت وجوبه وهو فى حال الردة (فرع) فلو صلى صلاة ثم ارتد فى وقتها ثم رجع الى الاسلام ووقتها باق بحيث يدرك منها ركعة لزمته نقله أبو الحسن فى كتاب النكاح الثالث وأسقطت الردة حجا تقدم من المرتد فى حال اسلامه والاسقاط هنا بمعنى ابطال ثوابه ويجب عليه استئناف الحج على المشهور لان وقته متسع الى آخر العمر فيجب عليه بخطاب مبتدأ كما يجب عليه الصلاة والصيام والزكاة للاوقات المستقبلة قاله أبو الحسن الصغير وقيل لا يجب عليه استئناف الحج (فرع) فلو ارتد وهو محرم بطل احرامه قاله فى النوادر فان كان تطوعا لم يلزمه قضاؤه وان كان فرضا أو قد كان حج الفرض قبل ذلك فانه لا بد له من استئناف حج الفريضة انتهى (تنبيه) يفهم من كلامه انه لا يلزمه قضاء ما أفسده من الحج والعمرة قبل ردته لان ذلك قد بطل وسقط من ذمته فتأمله والله أعلم وأسقطت الردة عن المرتد نذرا نذره فى حال اسلامه أو فى حال ردته وأسقطت الردة عن المرتد بالله حلفها فى حال اسلامه أو فى حال ردته أو يمينا بعتق وظاهر كلام المصنف سواء كانت اليمين بعتق معين أو بعتق غير معين وهذا ظاهر المدونة وقال ابن الكاتب وهذا فى غير المعين وأما المعين فيلزمه لانه تعلق به حق انسان معين قبل ردته فلا يسقط عنه كما يلزمه تدبيره قال ابن يونس يظهر لى أن تدبيره كعتقه وطلاقه وذلك بخلاف ايمانه ألا ترى ان النصرانى يلزمه تدبيره اذا أسلم ولا يلزمه يمينه وكذلك المرتد قال أبو الحسن فكان ابن يونس يقول سواء كانت يمينه بعتق عبد بعينه أو بغير عينه انها تسقط وقد تقدم الخلاف فى ذلك انتهى يشير الى ما نقله عياض ونصه اختلفوا فى يمينه بالعتق التى أسقطها هل ذلك فى غير المعين وأما المعين فيلزم كالمدبر وقيل المعين وغيره سواء اه أو يمينا بظهار وكذا الظهار المجرد عن اليمين قال أبو الحسن يتحصل فى الظهار المجرد واليمين بالظهار ثلاثة أقوال أحدها ان ذلك لا يسقط فيهما وهو عند محمد فى اليمين بالظهار فأحرى فى المجرد والثانى ان ذلك يسقط فيهما وهو الذى حكى عياض عن بعض الشيوخ والثالث يلزم فى المجرد ولا يلزم فى اليمين وهو الذى اقتصر عليه أبو محمد فى المدونة فاذا حنث فى الظهار المجرد بالوطء وتخلدت الكفارة فى ذمته حكمه حكم المعلق بصفة أى فيسقط وسبب الخلاف فى الظهار هل النظر الى ما فيه من التحريم فيشبه الطلاق أو الى ما فيه من الكفارة فلا يلحق بالطلاق اه وقال اللخمى وليس الظهار كالطلاق لان الخطاب فى الطلاق موجه الى الزوجين وفى الظهار يتوجه الى الزوج خاصة اه فتأمله وظاهر الأم ان الظهار المجرد يسقط بالردة ونصها قال ابن القاسم والمرتد اذا ارتد وعليه ايمان بالعتق وعليه ظهار وعليه ايمان بالله قد حلف بها ان الردة تسقط ذلك عنه اه (فرع) وأما ايمانه بالطلاق فلم ينص ابن القاسم عليها فى المدونة لكن كلامه يقتضى أن مذهب ابن القاسم فيها السقوط لانه قال فيها واذا ارتد وعليه ايمان بالله أو بعتق أو ظهار فالردة تسقط ذلك عنه وقال غيره لا تطرح ردته احصانه فى الاسلام ولا ايمانه بالطلاق انتهى وأسقطت الردة احصانا تقدم من الزوجين فى حال اسلامهما فمن ارتد منهما زال احصانه ولا يزول احصان الآخر الذى لم يرتد كما يظهر من لفظ المدونة قال فى كتاب النكاح الثالث والردة تزيل احصان المرتد من الرجل أو المرأة وبانتفاء الاحصان اذا أحصنا ومن زنى منهما بعد رجوعه الى الاسلام وقبل تزوجه لم يرجم اه (فرع) قال المشذالى فى حاشيته قال ابن عرفة لو ارتد قاصدا لازالة الاحصان ثم أسلم فزنى فانه يرجم معاملة له بنقيض مقصوده انتهى وانظر هل يحكم له بالاحصان الآن أولا يكون محصنا ولكن يعامل بنقيض مقصوده

و وصية لا طلاقا و ردة محلل بخلاف ردة المرأة) من المدونة ان راجع الاسلام وضع عنه ما كان لله قد تركه قبل ارتداده من صلاة أو صوم أو زكاة أو حد وما كان عليه من نذر أو يمين بعتق أو بالله أو بالظهار اهـ نص المدونة قال بعضهم وسواء كان الظهار حنث فيه فوجبت فيه الكفارة أو كان لزمه مجرد ظهار لم يحنث فيه كلا الصورتين قد سقط بالارتداد وخالف بعض الشيوخ في هذا ومن المدونة واذا أسلم المرتد لم يجزه ما حج قبل ردته وليأتنف الحج و يأتنف الاحصان وان مات على ردته بطلت وصاياه ولم يرثه ورثته انظر آخر مسئلة من النكاح من المدونة ومن المدونة أيضا والردة تزيل احصان المرتد من رجل أو امرأة و يأتنفان الاحصان اذا أسلما ومن زنا منهما بعد رجوعه للاسلام لم يرجم حتى يتزوج ابن المواز ولو طلق الرجل البتة فتزوجت غيره محلت للاول ثم ارتدت لسقط ذلك الاحلال كما يسقط الاحصان ابن يونس بخلاف ارتداد الزوج الذي أحلها انتهى انظر قول خليل ووصيته انما نص في المدونة على بطلان الوصية اذا مات على ردته قال ابن يونس لان الرجل انما تجوز وصاياه في ماله وهذا المال ليس للمرتد انما هو لجماعة المسلمين وقد قال في المدونة اذا ارتد وقف ماله وأم ولده ومدبروه فان أسلم رجعت اليه أم ولده وعاد اليه ماله ورقيقه وان قتل على ردته عتقت أم ولده من رأس ماله وعتق مدبروه في الثلث وسقطت وصاياه ويكون ماله لجميع المسلمين ومن المدونة وردة الزوج طلقة بائنة وان أسلم في عدتها فلا (٢٨٤) رجعة له وكذلك ردة المرأة طلقة بائنة وان رجعت الى الاسلام انتهى من التهذيب ومقتضى هذا أنه ما حسبت لهما طلقة الا ليكونا عليها اذا رجعا للاسلام فصح قول خليل لا طلاقا وانظر الاضطراب في ظهار المرتد وطلاقه في التنبيهات (وآخر كافر انتقل لكفر آخر) تقدم عند قوله واستتيب قول مالك لا من خرج من ملة سواه الى غيرها وانظر اذا خرج الى غير شريعة مثل التعطيل ومذاهب الدهرية فقد نقل الباجي عن مالك وغيره ان من تزندق من أهل الذمة لا يقتل وقال ابن الماجشون يقتل وقال ابن حبيب لا أعلم من قال هذا غيره و يحتمل وهو الاظهر أن يريد بالزندقة الخروج الى غير شريعة مثل التعطيل ومذاهب الدهرية (وحكم باسلام من لم يميز لصغر أو جنون باسلام أبيه فقط كان ميز) هذه عبارة الأشياخ يقولون الولد تابع لأبيه في الدين والنسب ولامه في الحرية والرق ومن المدونة الولد الصغير تابع لأبيه في الدين واسلام الأب اسلام لصغير ولده مطلقا قال ابن الحاجب يحكم باسلام المميز على الاصح تبعا لاسلام الاب كغير المميز وكالمجنون انظر قوله الاصح قول ابن عرفة عن ابن هرون القولان لابن القاسم وعزا الصقلي الأصح لابن وهب ولم يعزهما اللخمي (لا المراهق والمتروك لها فلا يجبر بقتل ان امتنع و يوقف ارثه) أما مسئلة المراهق ففي المدونة من أسلم وله ولد مراهق من أبناء ثلاث عشرة سنة وشبه ذلك ثم مات الاب وقف ماله الى بلوغ الولد فان أسلم ورث أباه والا لم يرثه وكان المال للمسلمين وان أسلم الولد قبل احتلامه لم يعجل بأخذ ذلك لان ذلك ليس باسلام ألا ترى أنه ان أسلم ثم رجع الى النصرانية جبر بالضرب ولم يقتل وأما مسئلة المتروك لامه فقال ابن القاسم من ترك ولده الصغير مع مطلقته النصرانية لانه ابنها فغفل عنه حتى احتلم على النصرانية ان لم يرجع للاسلام لم يقتل ومن المدونة أيضا من أسلم وله ولد صغار فاقرهم حتى بلغوا اثني عشر سنة أو شبه ذلك فابوا الاسلام لم يجبروا وانظر اذا أسلم ولد الذمي فالرواية انه لا يقتل ان ارتد قبل البلوغ وان كان أبو زوجه مجوسية فعصمته باقية حتى يحتلم مسلما وان مات من يعصبه مسلما فانه لا يتعجل أخذ ارثه حتى يحتلم مسلما وهنا قال الامام اسلامه كلا اسلام (وباسلام سابيه ان لم يكن

والله أعلم وقد ذكر في التوضيح ان من ارتد ليسقط عنه حد الزنا انه لا يسقط قاله ابن يونس ونصه سحنون ولا تسقط الردة حد الزنا لانه لا يشاء من وجب عليه حد ان يسقط بالردة الا أسقطه بالردة ابن يونس وظاهر هذا خلاف المدونة قال وانما استحب ان علم منه انه انما ارتد ليسقط الحد قاصدا لذلك فانه لا يسقط ذلك عنه وان ارتد بغير ذلك سقط عنه انتهى ص ﴿ ووصية ﴾ ش أي وأسقطت الردة وصية صدرت من المرتد في حال ردته أو قبل ذلك بخلاف تدبيره فانه لا يبطله سواء رجع الى الاسلام أم قتل على ردته بل يخرج من ثلثه وان كان له أم ولد فتخرج من رأس ماله وما أعتقه أو أعطاه لغيره قبل ردته فانه لا يبطل وانظر ما حكم وقفه والظاهر انه لا يبطل قياسا على العتق والله أعلم ص ﴿ لا طلاقا ﴾ ش هو معطوف على قوله صلاة و يريد اذا أوقع ذلك قبل الردة والمعنى ان الردة لا تسقط ما تقدم من الطلاق قاله في النوادر وقال مالك وما طلق في ارتداده أو أعتق فلا يلزمه وما طلق أو أعتق قبل الردة فانه يلزمه انتهى فلو طلق ثلاثا ثم أسلم لم تحل له الا بعد زوج نعم لو طلقها ثلاثا ثم ارتدا جميعا عن الاسلام ثم أسلما فانه يسقط عنهما الطلاق الثلاث قاله ابن القاسم ونقله عنه اللخمي ونقله المصنف في التوضيح ونص عليه في الشامل ص ﴿ الا المراهق والمتروك لها ﴾

معه أبوه) ذكر ابن الحاجب ان الصغير يحكم باسلامه تبعا لاسلام الاب دون الام ثم قال وتبعا للسابى المسلم ان لم يكن معه أبوه وتبعا للدار فيحكم باسلام اللقيط انظر رسم الشجرة من كتاب الجنائز ذكر ابن رشد هنالك أن سادس الأقوال مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك ان الصغير من سبى أهل الكتاب لا يجبر على الاسلام ولا يحكم له بحكمه حتى يجيب اليه (والمتنصر من كاسير على الطوع ان لم يثبت اكراهه) من المدونة الاسير يعلم تنصره فلا يدرى أطوعا أم كرها فلتعتد زوجته ويوقف ماله وحكم فيه بحكم المرتد وان ثبت اكراهه ببينة كان بحال المسلم فى نسائه وماله (وان سب نبيا أو ملكا أو عرض أو لعنه أو عابه أو قذفه أو استخف بحقه أو غير صفته أو ألحق به نقصا وان فى بدنه أو خصلته أو غض من رتبته أو وفور علمه أو زهده أو أضاف اليه ما لا يجوز عليه أو نسب اليه ما لا يليق بمنصبه على طريق الذم أو قيل له بحق رسول الله صلى الله عليه وسلم فلعن وقال أردت العقرب قتل ولم يستتب حدا) عياض من أضاف الى النبى صلى الله عليه وسلم الكذب فيما بلغه أو أخبر به أو سبه أو استخف به أو بأحد من الانبياء أو أزرى عليهم أو أذاهم فهو كافر باجماع وكذلك يكفر من اعترف بنبوة نبينا محمد صلى الله عليه وسلم ولكن قال مات قبل أن يلتحى أو ليس الذى كان بمكة والحجاز أو ليس الذى كان من قريش لان وصفه بغير صفته المعلومة نفى له وتكذيب به ثم قال وحكم من سب سائر أنبياء الله وملائكته أو استخف بهم أو أو كذبهم أو أنكرهم حكم نبينا صلى الله عليه وسلم على مساق ما قدمناه وقال القابسى فى الذى قال لآخر كأنه وجه ملك الغضبان ان عرف انه قصد ذم الملك قتل عياض وهذا كله فيمن حققت كونهم من الملائكة والنبيين كجبريل وملك الموت والزبانية ورضوان ومنكر ونكير فاما من لم يثبت الاخبار بنفسه ولا وقع الاجماع على كونه من الملائكة أو الانبياء كهاروت وماروت من الملائكة ولقمان وذى القرنين ومريم وآسية وخالد بن سنان الذى قيل انه نبى أهل الرس وزرادست الذى ادعت المجوس نبوته فليس الحكم فيهم ما ذكرنا اذ لم يثبت لهم تلك الحرمة لكن يؤدب من تنقصهم وأما انكار كونهم من الملائكة أو النبيين فان كان المتكلم من أهل العلم فلا حرج وان كان من عوام الناس زجر عن الخوض فى مثل هذا وقد كره السلف الكلام فى مثل هذا مما ليس تحته عمل وقال أحمد بن أبى سليمان صاحب سحنون فى رجل قيل له وحق رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال فعل الله برسول الله وذكر كلاما قيل ما تقول يا عدو الله قال انما أردت برسول الله العقرب فقال للذى سأله أشهد عليه وأنا شريكك فى قتله وثواب ذلك قال ابن أبى الربيع لان ادعاءه للتأويل فى لفظ صراح لا يقبل لانه امتهان وهو غير معزر لرسول الله صلى الله عليه وسلم ولا موقر له وأفتى فقهاء الاندلس بقتل ابن حاتم وصلبه بما شهد عليه من استخفافه بحق النبى صلى الله عليه وسلم وان زهده لم يكن قصدا عياض من سب النبى صلى الله عليه وسلم أو عابه أو ألحق به نقصا فى نفسه أو دينه أو نسبه أو خصلة من خصاله أو عرض به أو شبهه بشئ على طريق السب له والازراء عليه أو التصغير لشأنه أو الغض منه أو العيب له فهو ساب له والحكم فيه حكم الساب يقتل كما نبينه ولا نستثنى فصلا من فصول هذا الباب على هذا المقصد ولا نمترى فيه

ش انظر النكاح الثالث من المدونة ص ﴿وان سب نبيا الى قوله ولم يستتب حد﴾ ش قال فى الشفا ولا تقبل توبته سواء ظهر عليه أو جاء تائبا وقول المصنف حدا يعنى به أن السب ليس بردة قال فى الشفا وهذا انما هو مع انكاره لما شهد عليه به أو مع اظهاره التوبة والاقلاع عنه قال وأما من علم انه سبه مستحلا له فلا شك فى كفره وكذلك ان كان سبه فى نفسه كفرا كتكذيبه أو تكفيره وكذلك من لم يظهر التوبة واعترف بما شهد به عليه وصمم فهذا كافر بقوله وباستحلاله هتك حرمة الله وحرمة نبيه قتل كفرا بلا خلاف انتهى ثم قال لما قرر ان ميراث الساب لورثته ان ذلك فيمن أنكر ما شهد عليه به أو اعترف به وأظهر التوبة قال وأما لو أقر به وتمادى على السب كان كافرا وميراثه للمسلمين ولا يغسل ولا يصلى عليه ولا يكفن وتستر عورته ويوارى كما يفعل بالكفار انتهى (فرع) قال المشذالى فى آخر النكاح الثالث عند قوله واذا ارتد ثم راجع الاسلام وضع عنه كل حق (سئل) ابن عرفة عمن وقع فى الجناب العلى بما يوجب قتله فلم يقتل حتى ارتد ثم راجع الاسلام هل يسقط قتله فقال الذى عندى انه يسقط وهو ظاهر الكتاب لانه لم يستثن الا القذف ولو كان ثم غيره لذكره قال المشذالى قلت قال عياض عن ابن القاسم ومحمد عن مالك ان من سب النبى صلى الله عليه وسلم قتل الا أن يسلم الكافر فظاهر تخصيصه بالكافر يدل على ان المسلم لا يسقط وذكر بعده هل الحق لله أو للآدمى فهذا مناط الحكم انتهى (مسئلة) قال القرطبى فى شرح مسلم لا خلاف فى وجوب احترام الصحابة وتحريم سبهم ولا يختلف فى أن من قال كانوا على

كفر وضلال كافر يقتل لانه أنكر معلوما من الشرع فقد كذب الله ورسوله وكذلك الحكم فيمن
كفر أحد الخلفاء الأربعة أو ضللهم وهل حكمه حكم المرتد فيستتاب أو الزنديق فلا يستتاب ويقتل
على كل حال هذا مما يختلف فيه فاما من سبهم بغير ذلك فان كان سبا يوجب حدا كالقذف حد حده
ثم ينكل التنكيل الشديد من الحبس والتخليد فيه والاهانة ما خلا عائشة فان قاذفها يقتل لانه
مكذب للكتاب والسنة من براءتها قاله مالك وغيره واختلف في غيرها من أزواجه صلى الله عليه
وسلم فقيل يقتل قاذفها لان ذلك أذى للنبي صلى الله عليه وسلم وقيل يحد وينكل على قولين وأما
من سبهم بغير القذف فانه يجلد الجلد الموجع وينكل التنكيل الشديد قال ابن حبيب ويخلد في
السجن الى أن يموت وقد روى عن مالك فيمن سب عائشة أنه يقتل مطلقا ويمكن حمله على السب
بالقذف انتهى وقال في الاكمال في حديث الافك واما اليوم فمن قال ذلك في عائشة قتل لتكذيب
القرآن وكفره بذلك واما غيرها من أزواجه فالمشهور انه يحد لما فيه من ذلك ويعاقب لغيره
وحكى ابن شعبان قولا آخر انه يقتل على كل حال وكان هذا التفت الى أذى النبي صلى الله عليه
وسلم حيا وميتا انتهى وقال في الاكمال أيضا وسب أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وتنقصهم أو واحد
منهم من الكبائر المحرمات وقد لعن النبي صلى الله عليه وسلم فاعل ذلك وذكر ان من آذاه وآذى
الله تعالى فانه لا يقبل منه صرف ولا عدل واختلف العلماء فيما يجب عليه فعبد الملك ومشهور مذهبه
انما فيه الاجتهاد بقدر قوله والمقول فيه وليس له في الفيء حق وأما من قال فيهم انهم كانوا على ضلالة
وكفر فيقتل وحكى عن سحنون مثل هذا فيمن قاله في الأئمة الأربعة قال وينكل في غيرهم وحكى
عنه يقتل في الجميع كقول مالك انتهى فيفهم منه ان قول مالك ان من قال في أحد من الصحابة ولو
كان غير الأئمة الأربعة انه على ضلالة وكفر انه يقتل وانظر الشفا وقد حكى فيه الخلاف حتى فيمن
كفر عليا وعثمان والذي جزم به ابن عبد السلام الشافعي في أماليه انه لا يكفر بذلك مسئلة قال
الشيخ جلال الدين السيوطي في مسالك الحنفا في والدي المصطفى قال نقلت من مجموع بخط
الشيخ كمال الدين الشمني والد شيخنا الشيخ تقي الدين ما نصه سئل القاضي أبو بكر بن العربي عن
رجل قال ان أبا النبي صلى الله عليه وسلم في النار فأجاب بانه ملعون لان الله تعالى قال ان الذين يؤذون
الله ورسوله لعنهم الله في الدنيا والآخرة وأعد لهم عذابا مهينا قال ولا أذى أعظم من أن يقال في أبيه
انه في النار انتهى بلفظه والله أعلم (غريبة) ذكرها صاحب كنز الراغبين العفاة في الرمز الى المولد
والوفاة ولم أقف على اسم المصنف قال ذكر صاحبنا الشيخ شمس الدين الملقب بالرائق خطيب مدينة
بيروت وامامها عن السيد عمر الحضرمي من أهل بيروت انه اجتمع برافض من أهل جبل عاملة فقال
له الرافضي نحن نبغض أبا بكر لتقدمه في الخلافة على علي ونبغض جبريل لانه نزل بالرسالة على محمد
ولم ينزل على علي ونبغض محمدا صلى الله عليه وسلم لانه قدم أبا بكر في النيابة عنه في الصلاة ولم يقدم
عليا ونبغض عليا لسكوته عن طلب حقه من أبي بكر وهو قادر عليه ونبغض الله لانه أرسل محمدا ولم
يرسل عليا وهذا أقبح ما يكون من الكفر الذي ما سمع بمثله والعياذ بالله قال وذكر ابن بشكوال
بسنده الى محمد بن عمر بن يونس قال كنت بصنعاء فرأيت رجلا والناس حوله مجتمعون عليه
فقلت ما هذا قالوا هذا رجل كان يؤم بنا في شهر رمضان وكان حسن الصوت بالقرآن فلما بلغ
ان الله وملائكته يصلون على النبي قال ان الله وملائكته يصلون على علي النبي يا أيها الذين آمنوا

تصريحا كان أو تلويحا وكذلك من نسب اليه مالا يليق بمنصبه على طريق الذم ومشهور قول مالك في هذا كله انه يقتل حدا لا كفرا ولهذا لا تقبل توبته ولا تنفعه استقالته وفيئته

(الأن يسلم الكافر) عياض الذمي اذا صرح بسب النبي صلى الله عليه وسلم أو عرض أو استخف بقدره أو وصفه بغير الوجه الذي كفر به فلا خلاف عندنا في قتله ان لم يسلم لأن الاسلام يجب ماقبله وعن ابن يونس من سب رسول الله صلى الله عليه وسلم أو عابه ان كان مسلما قتل قال ابن القاسم وان كان نصرانيا قتل صاغرا الأن يسلم وليس يقال له اسلم ولكن يقتل الأن يسلم طائعا وكذلك قال مالك (وان ظهر انه لم يرد ذمه بجهل أو سكر أو تهور) عياض ان كان القائل لما قاله في جهته عليه الصلاة والسلام غير قاصد السب والازدراء ولا معتقد له ولكنه تكلم في حقه عليه الصلاة والسلام بكلمة الكفر من لعنه أو سبه أو تكذيبه وظهر بدليل حاله انه لم يتعمد ذمه ولم يقصد سبه اما بجهالة حملته على ماقاله أو ضجر أو سكر اضطره اليه أو قلة مراقبة أو ضبط للسانه وعجرفه وتهور في كلامه فحكم هذا الوجه حكم الاول دون تلعثم (وفيمن قال لا صلى الله عليه جوابا لصل أو قال الانبياء يتهمون جوابا لتتهمني أو جميع البشر يلحقهم النقص حتى النبي صلى الله عليه وسلم قولان) عياض ان لفظ بكلام مشكل يمكن حمله على النبي صلى الله عليه وسلم أو غيره فهاهنا مظنة اختلاف المجتهدين اختلف أئمتنا في رجل أغضبه غريمه فقال صل على النبي فقال لا صلى الله على من صلى عليه فذكر الخلاف بين سحنون وأصبغ انظر الوجه الرابع من الباب الاول من القسم الرابع وقال في هذا الفصل أيضا اختلف شيوخنا فيمن قال لمن قال تتهمني فقال له الآخر الانبياء يتهمون فكيف أنت انظره وقال في الفصل بعده استفسر شيخنا ابن منصور في رجل تنقصه آخر بشيء فقال له انما تريد نقصي بقولك وأنا بشر جميع البشر يلحقهم النقص حتى النبي صلى الله عليه وسلم فأفتى باطالة سجنه وايجاعه ضربا وأفتى غيره بقتله (والتثبيت في هزم) ابن المرابط من قال النبي صلى الله عليه وسلم هزم استتيب فان تاب والاقتل لانه تنقص (أو أعلن بتكذيبه أو تنبأ) قال ابن القاسم في المسلم يعلن بتكذيب النبي صلى الله عليه وسلم انه كالمرتد يستتاب وكذلك قال فيمن تنبأ وزعم أنه يوحى اليه وقاله سحنون (الأن يسر على الاظهر وأدب اجتهادا في أدواشك للنبي ولو سبني ملك لسببته) كتب قاضي كورة بياسة يسئل عن نازلة نزلت بغرناطة في سب رجل رجلا فقال له يشق عليك ان راجعتك بالله لو أرى نبيا سبني أو ملكا لرددت عليه وفي رجل عشار فهم من الغريم انه يريد ان يشتكي به فقال اغرم واشتك للنبي فراجعه * ابن رشد يقال الحالف بالله لو ان نبيا أو ملكا سبه متهاون بحرمة الانبياء والملائكة عليهم السلام يجب أن يؤدب على ذلك الادب الموجع الأن يكون معروفا بالخير ممن لا يتهم في اعتقاده فيتجافى عن عقوبته و يؤمر بالاستغفار مما قال ولا كفارة ليمينه بحال وأما العشار فيؤدب الادب الموجع على كل حال وأجاب ابن الحاج بنحو هذا وقال في الحالف أبعده الله ونحاه يضرب الضرب المبرح وكذلك العشار الفاسق أسحقه الله ومقته (أو يا ابن ألف كلب) ومثل هذا ما يجري في كلام السفهاء من قول بعضهم لبعض يا ابن ألف خنزير ويا ابن مائة كلب ولاشك انه يدخل في مثل هذين العدد من آبائه وأجداده جماعة من الانبياء ولعل هذا العدد يقطع الى آدم فينبغي الزجر عنه وشدة الأدب فيه (أو عير بالفقر فقال تعيرني به والنبي قد رعى الغنم) قال مالك في رجل عيره رجل بالفقر فقال أتعيرني بالفقر وقد رعى النبي صلى الله عليه وسلم الغنم فقال مالك عرض بذكر النبي صلى الله عليه وسلم في غير موضعه أرى أن يؤدب (أو قال لغضبان كانه وجه منكر أو مالك) سئل القابسي عن رجل قال لرجل قبيح كانه وجه نكير ولرجل عبوس كانه وجه مالك الغضبان فقال بعد كلام هذا اشد لانه جرى مجرى التحقير والتهوين وليس فيه تصريح بالسب للملك وانما السب واقع على المخاطب وفي الأدب بالسوط والسجن نكال للسفهاء وأما ذاكر مالك خازن النار فقد جفا الذي ذكره عندما أنكره من عبوس الآخر انظر الوجه الخامس في الباب الال من القسم الرابع من الشفاء (أو استشهد عليه ببعض جائز عليه في الدنيا حجة له أو لغيره أو سبه لنقص لحقه لا على التأسي كان كذبت فقد كذبوا) عياض الوجه الخامس أن لا يقصد نقصا ولا يذكر عيبا ولا سبا لكنه يستشهد ببعض أحواله الجائزة عليه في الدنيا على طريق ضرب المثل والحجة لنفسه أو لغيره أو على التشبه به أو عند هضيمة

صلوا عليه وسلموا تسليما فخرص وجذم وبرص وعمي واقعد مكانه انتهى ص ﴿ الأن يسلم الكافر ﴾ ش انظر مانقله الأبي عن ابن عرفة وأظنه في كتاب الايمان في حديث أسامة ﴿ واستتيب في هزم ﴾ ش وقال القرطبي في شرح مسلم ومن قال انه فر او هزم قتل ولم يستتب لانه صار بمنزلة من قال انه كان أسود أو ضخما فانكر ما علم من وصفه وذلك كفر لانه قد أضاف اليه نقصا وعيبا وقيل يستتاب فان تاب والاقتل انتهى ص ﴿ وأدب اجتهادا في أدواشك للنبي صلى الله عليه وسلم ﴾ ش تصوره ظاهر من كلام الشارح (مسائل) من فتاوى الشيخ سراج الدين

نالته أو غضاضة لحقته ليس على سبيل التأسي وطريق التحقيق بل على مقصد الترفيع لنفسه أو لغيره وسبيل التمثيل وعدم التوقير لنبيه صلى الله عليه وسلم كقول القائل ان قيل فى السوء فقد قيل فى النبي صلى الله عليه وسلم وان كذبت فقد كذب الأنبياء وأنا أسلم من الناس وليس يسلم منهم أنبياء الله وكقول المتنبي أنا فى أمة تداركها الله * غريب كصالح فى ثمود ثم قال وهذه كلها وان لم تتضمن سبا ولا اضافة الى الملائكة والأنبياء نقصا ولا قصد قائلها ازدراء ولا غضا فما وقر النبوة ثم قال فحق هذا ان درىء عنه القتل الادب والسجن وقوة تعزيره بحسب شنعة مقالته انظر الوجه الخامس من الباب المذكور (أو لعن العرب أو بني هاشم وقال أردت الظالمين) حكى عن الشيخ أبي محمد بن أبي زيد فيمن قال لعن الله العرب أو لعن بني هاشم أو لعن بني اسرائيل وذكر انه لم يرد الانبياء وانما أراد الظالمين منهم ان عليه الادب بقدر اجتهاد السلطان عياض وقد يضيق القول فى نحو لو قال لرجل هاشمي لعن الله بني هاشم وقال أردت الظالمين منهم انظر الوجه الرابع من الباب المذكور (وشدد عليه فى كل صاحب فندق قرنان وان كان نبيا) توقف القابسي فى قتل رجل قال كل صاحب فندق قرنان ولو كان نبيا مرسلا فامر بشده بالقيود والتضييق عليه حتى تستفهم البينة عن جملة ألفاظه وما يدل على قصده هل أراد أصحاب الفنادق الآن فمعلوم انهم ليس فيهم نبي مرسل فيكون أمره أخف ولكن ظاهر أمره العموم لكل صاحب فندق من المتقدمين والمتأخرين وقد كان فيمن تقدم من الأنبياء والرسل من اكتسب المال وذم المسلم لا يقدم عليه الا بأمر بين (وفى قبيح لاحد ذريته صلى الله عليه وسلم فى آبائه مع العلم به كان انتسب له) لما ذكر عياض حكم من لعن العرب وقال أردت الظالمين قال وقد يضيق القول فى نحو هذا لو قال لرجل من ذرية النبي صلى الله عليه وسلم قولا قبيحا فى آبائه أو من نسله أو ولده على علم منه انه من ذرية النبي صلى الله عليه وسلم وانظر آخر فصل من كتاب الشفا حكم من نال من آل بيت النبي صلى الله عليه وسلم وأزواجه وأصحابه أو انتقصهم ولما نال جعفر من مالك ما نال حتى حمل مالك رضي الله عنه الى داره مغشيا عليه دخل الناس على مالك

فافاق وقال أشهدكم انى جعلت جعفرا فى حل فسئل عن ذلك فقال خفت ان أموت فالقى النبي صلى الله عليه وسلم فاستحى منه أن يدخل بعض آله النار بسببي وقيل ان المنصور أقاده من جعفر فقال مالك أعوذ بالله والله ما ارتفع منها سوط من جسمي الا وقد جعلته فى حل لقرابته من رسول الله صلى الله عليه وسلم (أو احتمل قوله أو شهد عليه عدل أو لفيف فعاص عن القتل) عياض ان ثبت قوله لكن احتمل ولم يكن صريحا أو لم تتم الشهادة عليه انما شهد عليه الواحد أو اللفيف من الناس فهذا يدرأ عنه الحد ويتسلط عليه الامام اجتهاده فى قوي أمره أذاقه من شديد النكال الى الغاية (أو سب من لم يجمع على نبوته) انظر قبل هذا عند قوله أو سب نبيا (أو صحابيا) عياض سب آل النبي صلى الله عليه وسلم وأزواجه وأصحابه وتنقصهم حرام ملعون فاعله مشهور مذهب مالك فى هذا الاجتهاد والادب الموجع (وسب الله كذلك وفى استتابة المسلم خلاف) ابن سحنون من شتم الحق سبحانه من اليهود والنصارى بغير الوجه الذي به كفر قتل ولم يستتب قال ابن أبي زيد الا أن يسلم وفى التفريع من سب الله سبحانه أو سب النبي صلى الله عليه وسلم من مسلم أو كافر قتل ولم يستتب وقال المخزومي وابن أبي حازم لا يقتل المسلم بالسب حتى يستتاب وكذلك اليهود والنصارى وقد تقدم نقل ابن يونس عن ابن القاسم وان من عاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل ولم يستتب وميراثه لجميع المسلمين وهو بمنزلة الزنديق الذي لا تعرف توبته بلسانه ويراجع ذلك فى سريرته وان كان نصرانيا فانه يقتل صاغرا وسئل أصبغ عن رجل أيقن برجل انه زنديق فاغتاله فقتله فقال هو محسن فيما بينه وبين الله لكن يعزره السلطان لمعجلة قبل أن يثبت ذلك للسلطان ولكنه محسن اذ لعل الولاة تضيع مثل هذا ولا تصححه وقال عيسى فيمن سمع نصرانيا يشتم النبي صلى الله عليه وسلم فاغتاظ عليه فقتله قال لا شيء عليه ان ثبت ان ذلك كان يوجب عليه القتل (كمن قال لقيت فى مرضي مالو قتلت أبا بكر وعمر لم أستوجبه) انظر هذا الفرع لعله كان مخرجا فى الطرة قبل قوله وسب الله كذلك فادخله المخرج هنا عياض اختلف أهل قرطبة فى مسئلة هرون أخي ابن حبيب وكان ضيق الصدر كثير التبرم قال عند استقلاله من مرض قد لقيت فى مرضي هذا مالو قتلت أبا بكر وعمر لم أستوجب هذا كله فأفتى ابن حبيب بموافقة القاضي بتنكيله وتثقيل أدبه وأفتى الغير بقتله ابن شاس الجناية الثانية الزنا وهي جريمة توجب العقوبة والنظر فى طرفين الاول فى الموجب والموجب الطرف الثاني فى كيفية الاستيفاء ومتعاطيه

البلقيني والشيخ عز الدين بن عبد السلام الشافعي تتعلق بشيء من معنى هذا الباب سئل البلقيني عن رجل أمسك غريماله وقال لو وقف عزرائيل قابض الأرواح ما سيبته الا بحكم الشرع فأجاب اذا

كان مراده لو وقف لقبض روحي ماسبيته فلا يجب عليه شئ لانه انما صدر ذلك بالنسبة الى ما يتعلق بذلك ومعنى لا أسببه ولو فى ذلك ذهاب الروح وهذا لا يتعلق بالملك صلى الله عليه وسلم (قلت) وأما لو قصد الاستخفاف بذلك فالظاهر انه يؤدب كما ذكره فى الشفا وأشار اليه الشيخ بقوله لو سبني ملك لسببته وسئل الشيخ عز الدين بن عبد السلام الشافعى ماتقول فى رجل قال فى ملا من الناس وقد تكلم فى حقيقة الفقير فقال الفقير الذى لا حاجة له الى الله فهل فى اطلاق هذا القول شئ أم لا وهل اذا ذكر لذلك تأويلا محتملا ولو على بعد أيقبل ذلك منه أولا فأجاب يعزر على ذلك تعزيرا بليغا رادعا و يجدد اسلامه ولا يقبل تأويله فى هذا القول لما فيه من سوء الأدب والرد على قوله تعالى يا أيها الناس أنتم الفقراء الى الله وهذا القول ان لم يكن كفرا فهو قريب من الكفر فلا أكثر الله من هذه الشياطين المضلين و يجب على ولى الأمر أن يبالغ فى ردع هذا الخبيث المجترىء على رب العالمين اه (قلت) لعله تردد فى كون هذا اللفظ كفرا لكون قائله ذكر له تأويلا وأما من اعتقد معنى هذا اللفظ فلا شك أنه كافر مرتد مكذب للقرآن والله أعلم وسئل البلقينى عن رجل ظلمه مكاس ظلما كثيرا فقال الرجل الذى يكتبه فلان المكاس ما يمحيه ربنا ما يلزمه فأجاب اذا لم يقصد بذلك عدم تعلق قدرة الرب به فانه لا يكفر سواء قصد ان المكاس شديد البأس يصمم على ما يكتب أولم يقصد ذلك فان قصد ان ربنا لا يقدر على محوه فانه يكفر و يستتاب فان تاب والا ضربت عنقه وسئل عن مسلم قال لذمى فى عيد من أعيادهم عيد مبارك عليك هل يكفر أم لا فأجاب ان قاله المسلم للذمى على قصد تعظيم دينهم وعيدهم فانه يكفر وان لم يقصد ذلك وانما جرى ذلك على لسانه فلا يكفر لما قاله من غير قصد وسئل عن رجل يدعى انه اذا غضب على أحد أصيب فى بدنه أو منصبه لاجل غضبه فقال له رجل لو سمع الله منك لاخرب السموات والارض يعنى لو قبل دعاءك فهل يجب على قائل هذا الكلام شئ وماذا يجب على من قال له كفرت بهذا الكلام فأجاب لا يجب على قائل ذلك شئ ومن رماه بكفر أو غيره بالتأويل زجر عن ذلك و يعرف أن معنى ذلك موجود فى كتاب الله فى قوله ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والارض و يجب عليه أن يتوب عما صدر منه وسئل عن رجل يصبح كل يوم يشتغل بالناس و يجعلهم فى غير الاسلام و يقول بعد ذلك اذا أكلت العلماء الرشا أكلت الناس الحرام واذا أكلت العلماء الحرام كفرت الناس و يذكر انه وقتناه هذا فعوتب فى ذلك فقال ما قلته من عندى قاله الفقيه حسين المغربى فأجاب قد ارتكب المذكور كبائر بجعل المسلمين فى غير الاسلام و بما ذكره عن العلماء وعن كفر الناس و يذكره انه وقتنا وقد كذب فى ذلك كله وافترى فدين الاسلام بحمد الله قائم والأمة المحمدية لا تزال طائفة منهم قائمة على الحق حتى يأتى أمر الله وان الله تعالى يبعث للامة المحمدية على رأس كل مائة عام من يجدد لها أمر دينها ويجب على هذا الرجل التعزير البليغ الزاجر له ولأمثاله عن هذه الامور الباطلة و يبادر الى التوبة فاذا ظهر من حسين المغربى شئ من ذلك فانه يعزر انتهى (قلت) وماذكره كلام لا معنى له فانه يقتضى ان الرشا أخف من الحرام وقد قال العلماء ان الرشا أخبث من الحرام وانها السحت وسئل عن الرجل قال فى ميعاده ان الله تعالى يقول ان من عبادى من لا يوافقه الا الفقر ولو أغنيته لفسد الحديث وفى آخره ومراد الحق من الخلق ماهم عليه فأنكر عليه رجل صحة هذا الحديث فهل الحديث مروى وما معنى قوله ومراد الحق من الخلق ماهم عليه فأجاب هذا أثر مروى ومعناه صحيح ولا يترتب على قائله شئ ومعناه أن كل ما يفعله الخلق وما اشتملوا عليه من هدى وغى من خلق الله وارادته وهذا اعتقاد أهل السنة وسئل الشيخ

عز الدين عن الرجل يذكر فيقول الله الله ويقتصر على ذلك هل هو مثل قوله سبحان الله والحمد لله والله أكبر وما أشبه ذلك أم لا واذا لم يكن بمثابته فهل هو بدعة لم تنقل عن السلف أم لا فأجاب هذه بدعة لم تنقل عن الرسول ولا عن أحد من السلف وانما يفعله الجهلة والذكر المشروع كله لابد أن يكون جملة فعلية أو اسمية وهو مأخوذ من الكتاب والسنة وأذكار الأنبياء والخير كله في اتباع الرسول واتباع السلف الصالحين دون الاغبياء من الجاهلين انتهى وسئل البلقيني عن جماعة يذكرون وفي أثناء ذكرهم يقولون محمد محمد ويكررون الاسم الشريف ويقولون آخر ذلك محمد مكرم معظم هل يكون ذلك ذكرا يؤجرون عليه وهل فيه اساءة وهل ورد في ذلك شئ من كتاب أو سنة فأجاب لم يرد بذلك آية ولا خبر عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا أثر عن الصحابة ولا عن التابعين ولا عن الفقهاء بعدهم ولا ذلك من الاذكار المشروعة ولا يؤجرون على ذلك وهم مبتدعون شيأ قد يقعون به في اساءة الادب وأما قوله محمد محمد مكرم معظم فهذا ليس كالذي قبله وهو اخبار بالواقع ولم يرد فيه ما يقتضي أن يكون مطلوبا والقياس على ما نهى الله عنه في قوله تعالى لا تجعلوا دعاء الرسول بينكم كدعاء بعضكم بعضا وقوله تعالى ولا تجهروا له بالقول كجهر بعضكم لبعض وما طلب من الادب منهم في حق النبي صلى الله عليه وسلم يقتضي النهي عن ذلك انتهى (قلت) قوله وأما قولهم محمد محمد مكرم معظم يعني من غير تكرير للاسم الشريف وما قاله ظاهر ومثل هذا قول كثير من العامة صلوا على محمد

﴿ باب ﴾

(الزنا وطء مسلم مكلف)
ابن عرفة الزنا تغييب حشفة آدمي في فرج وآخر دون شبهة عمدا وشرط ايجاب حد الزنى أن يكون الزاني مكلفا مسلما (فرج آدمي)

ص ﴿ باب ﴾

﴿ الزنا وطء مسلم مكلف الخ ﴾ ش قال أبو الحسن قال القاضي عياض الزنا يمد ويقصر فمن مده ذهب الى أنه فعل من اثنين كالمقاتلة والمضاربة فصدقتا ومن قصره جعله اسم الشئ بنفسه وأصل اشتقاق الكلمة من الضيق والشئ الضيق اه وانظر هذا الكلام فاني لم أجده في التنبيهات لاني لم أجده في نسختي من كتاب الحدود وفي الزنا المترجم له في بعض النسخ باب الرجم كما قاله أبو الحسن فلا أدري سقط هذا الكلام من نسختي أو من جميع النسخ ولعل هذا الكلام من الاكمال أو من المشارق قال النووي واذا مد كتب بالألف واذا قصر كتب بالياء قاله في كتاب بيان لغات المهذب والقصر لغة الحجاز وبها جاء القرآن والمد لغة تميم قاله في المحكم وغيره قال الجزولي في شرح الرسالة بعد ذكر الكلام السابق عن عياض وهل ضيق المحل أو ضيق الحكم فيه يحتمل قال الجزولي وحضرت خصمين تحاكما قال أحدهما قال لي يا ابن المقصور والممدود فجلده القاضي لان هذا تعريض انتهى وقال الزناتي وأصل اشتقاق الكلمة من الضيق والشئ الضيق لان الزاني ضيق على نفسه من حيث أخرج نطفته اخراجا لا ينسب اليه ولانه ضيق على نفسه في الفعل اذ لا يتصور في كل موضع فلابد من التماس خلوة وتحفظ وضيق على نفسه فيما اكتسبه من إثم تلك الفعلة قال ابن القوطية زنى الرجل على غيره زنوا وزناء ضيق عليه وزنا الشئ ضاق أو قصر وزنى الجبل ضعف وزنى الى الشئ تجاوز وزنى الرجل بوله زنوا أحقنه وزنى البول احتقن وفي الحديث نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصلاة والمصلي زناء انتهى (تنبيهات * الاول) لا يرد على المصنف انه لا يصدق ما ذكره من الحد الا على الرجل فقط فلا يشمل الزانية بل هو شامل لها لانه قال وطء والوطء مصدر لا يمكن وقوعه الا بين اثنين فيدل على ان كل واحد منهما يشتق له من الوصف

لاملك له فيه باتفاق تعـمدا) ابن الحاجب الزنى هو أن يطأ آدمى فرج آدمى لاملك له فيه باتفاق متعمدا ابن عرفة يخرج به زنى المرأة لانها موطوءة لاواطئة (وان لواطا) ابن أبى زيد وان عمل عمـل قوم لوط بذكر بالغ أطاعه فيه رجما أحصنا أولم يحصنا ابن شاس المشهور ولو كانا عبدين كافرين (أواتيان أجنبية بدبر) من المدونة من وطئ أجنبية فى دبرها حـد اجميعا من أحصن منهما يرجم ومن كان بكرا جلد (أوميتة) فى الموازية من زنا بميتة أونائمة أو مجنونة فى حال جنونها حد (غير زوج) نقل هذا بهرام عن عيـاض عن أكثر المحققين (وصغيرة يمكن وطؤها) من المدونة من زنا بصـغيرة لم تحصن طائعة ومثلها يوطأ حد (أو مستأجرة لوطء أوغيره) ابن الحـاجب واطئ المستأجرة للوطء أولغيره يحد ومن المدونة من وطئ جارية عنده رهنا أوعارية أو وديعة أو باجارة فعليه الحد (أومملوكة تعتق) فى العتبية من وطئ أمة بالملك ممن تحرم عليـه بالنسب وتعتق عليه بالملك كالبنت والاخت عامدا عالما حـد ولايلحق به الولد قال ابن القاسم الا أن يعذر بالجهالة فلا يحد و يلحق به الولد ابن رشد هذه مسئلة صحيحة على مافى المدونة (أو يعلم حريتها) من المـدونة من اشترى حرة وهو يعلم بها فاقر انه وطئها حد (أو محرمة بصهر مؤبد) اللخمى ان تزوج ابنة زوجته ودخل بهـا ولم يكن دخل بالام لم يحد لأنها تحـل له لو طلق الام وان كان قد دخل بالام وكذلك ان تزوج أم امرأته فان دخل بالابنة حد وان لم يدخل بها لم يحد مراعاة للخلاف وان تزوج زوجة أبيه أو زوجة ولده حد ان كان عالما بتحريم ذلك (أوخامسة) اللخمى قال مالك فى متزوج الخامسة عالما بتحريم ذلك يحد وقال فى متزوج المعتدة عالما بالتحريم لايحد ولافرق بينهما (أومرهونة) تقـدم نص المـدونة من وطئ جارية عنده رهنا حد (أوذات مغنم) من المدونة من أعتق عبدا من الغنيمة وله فيها نصيب لم يجز عتقه وان وطئ منها أمة حد (أوحربية) من المدونة ان دخل مسلم دار الحرب بامان فزنا بحربية حد

فيقال زان وزانية والله أعلم (الثـانى) الذى يظهر ان مراد المؤلف ان يحد للزنا الموجب للحـد فى الشرع لا كل مايصدق عليه زنا فى اللغة وان كان كذلك فيرد عليه انه ليس بجامع لخروج تمـكين المرأة من نفسها مجنونا فانها زانيـة كما سيأتى ولايصـدق عليها التعريف المذكور وكذا تمـكينها كافرا من نفسـها وانظر البساطى فانه قد أشار الى ذلك و يرد عليه انه غير مانع أيضا لدخول وطء الرجل الصغيرة التى لايمكن وطؤها فتأمله والله أعلم (الثالث) قال مطرف كان مالك يرى فيمن اشترى جارية وغلاما من دار والناس ينظرون حتى تغيب عليها أوعليه فلا يدرى مافعل ان يضرب الثلاثمائة والاربعمائة بكرا كان أوثيبا وكان الحـكام يحكمون بذلك عنـدنا بمشـورة مالك ص ﴿ لاملك له فيه ﴾ ش هو نحو عبارة ابن الحاجب فقال فى التوضيح المراد بالملك التملك الشرعى أوشبهه اه فيدخـل فرج مملوكة الذكر لانه لاتسلط له على فرجه فى الشرع و يخرج منه وطء الرجل جارية ابنه لأن له شبهة الملك ونحوه قول ابن عرفة الزنا الشامل للواط مغيب حشفة آدمى فى فرج آخر دون شبهة حلية عمدا فتخرج المحللة و وطء الاب أمة ابنه لازوجته اه ص ﴿ تعمدا ﴾ ش تصوره من كلام الشارح ظاهر (فرع) قال ابن الفرس فى سورة النور واختلفوا فى المرأة اذا استدخلت ذكر نائم فقال مالك عليها الحد وقال أبو حنيفة لاحد عليها وحجة مالك ان هذا زنى فهو داخل تحت العموم انتهى ص ﴿ باتفاق ﴾ ش مخرج للانـكحة الفاسدة ولو وطئ زوجته أوأمته فى دبرها فانه ليس بزنى ولاحد عليه فى ذلك لأنه قد قيل باباحته وان كان القول بذلك شاذا أو ضعيفا و يجب عليه الادب على المعروف ص ﴿ أومحرمـة بصهر ﴾ ش ظاهر كلامـه انه اذا وطئ مملوكته المحرمة عليه بالصهر يحد وليس كذلك فيحمل كلامه على ما اذا تزوج المحرمة عليـه بالصهر قال ابن الحاجب لاملك له فيـه يخرج الحلال والحائض والمحرمة والصائمة والمملوكة المحرمة بنسب لا بعتق أو صهر أو رضاع أوشركة أوعدة أوتزويج ولتزوجها وهو فى عدتها على الاصح ثم قال أما لو وطئ بالملك من يعتق عليه أونـكح محرمة بنسب أو رضاع أوصـهر مؤبد وطئهـا فانه يحد قال فى التوضيح وهذه المسائل كلها مقيدة بمـا اذا كان عالما بالتحريم اه وقال فى التوضيح فيما اذا وطئ مملوكته المحرمة بنسب لا بعتق أو بصهر أو رضاع انه لايحـد ولو كان عالما بالتحريم نعم يؤدب واذا حملت منه من هى محرمة عليه عتقت عليه وفى سماع عيسى لاتعتق وأما ان لم تحمل فروى عن ابن القـاسم انهـا تباع خوفا من أن يعاود زاد فى المـدونة فى كتاب القـذف و يلحق به الولد ص ﴿ أومرهونة ﴾ ش أطلق هنا فى وجوب الحد ومراده ان وطئ بغير اذن الراهن اعتمادا على ماقدمـه فى الرهن وعلى ماذكره هنا فى الامـة المحللة لأنه اذا أذن الراهن فى ذلك صارت محللة

والله أعلم ص ﴿ أومبتوتة وان بعدة وهل وان بت فى مرة تأويلان ﴾ ش يعنى ان الانسان اذا طلق زوجته البتة أو طلقها ثلاثا ثم وطئها دون عقد أو عقد عليها قبل ان تتزوج زوجا غيره ووطئها فانه يحد سواء وقع ذلك وهى فى عدة أو بعد فراغ العدة يريد اذا كان عالما بالتحريم وأما ان كان يجهل التحريم فانه لاحد عليه اذا كان مثله يجهل ذلك كما سيقوله المصنف بعد فى قوله أوالحكم ان جهل مثله فانه راجع الى جميع ماذكر انه يحد فيه كما صرح به المصنف فى التوضيح وغيره أعنى رجوعه لجميع ماتقدم وأما قول المصنف بعد هذا بلاعقد فانما هو راجع الى قوله أو مطلقة قبل البناء أو معتقة كما صرح به الشارح ولا يرجع لمسئلة المبتوتة قال ابن الحاجب أما لو وطئ بالملك من يعتق عليه أو نكح المحرمة بنسب أو رضاع أو صهر مؤبد ووطئها أو طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها فى العدة أو تزوجها قبل زوج ووطئها أو طلقها قبل البناء واحدة ثم وطئها بغير تزويج أو أعتق أمة ثم وطئها فانه يحد قال فى التوضيح قوله أو طلق امرأته ثلاثا ظاهره سواء كان بلفظ الثلاث أو البتة وسواء كان الثلاث مجتمعات أو متفرقات وهو ظاهر المدونة وقال أصبغ فى البتة لايحد عالما كان أو جاهلا لقوة الخلاف فى البتة هل هى واحدة أم لا وقال فى المطلقة ثلاثا مثل مافى المدونة الا انه قال فى الجاهل لايحد استحسانا وتأول صاحب تهذيب الطالب قوله فى الثلاث على انها مفترقات قال وأما ان كانت فى لفظ واحد فلا حد عالما كان أو جاهلا للاختلاف فيها وقال غيره ان هذا التأويل على أصبغ ظاهر المدونة خلافه وأنه لافرق فى الثلاث بين أن تكون مفترقات أو مجتمعات لضعف قول من قال بالزامه الواحدة فى الثلاث وهذه المسائل كلها مقيدة بما اذا كان عالما بالتحريم وأما الجاهل بالحكم فلا كما سيأتى من كلام المصنف اه كلام التوضيح وتحصل منه أنه اذا طلقها ثلاثا مفترقات ثم وطئها دون عقد أو وعقد عليها قبل زوج ووطئها فانه يحد وأما ان كانت التطليقات مجتمعات فى كلمة واحدة فتأويل عبد الحق على قول أصبغ انه لايحد وان قوله مثل مافى المدونة مراعاة لقول من يقول انها واحدة اذا كانت فى كلمة فتكون كالمطلقة الواحدة الرجعية فلا يحد كالو طلق الرجل طلقة رجعية ثم وطئها فى العدة فانه لايحد وهو أحد التأويلين اللذين أشار اليهما المؤلف وتأويل غيره انه يحد وهو ظاهر المدونة كما سيأتى فكان ينبغى للمؤلف أن يقتصر عليه هذا اذا تلفظ بالثلاث وأما ان تلفظ بالبتة فظاهر المدونة لزوم الحد كما تقدم وقال أصبغ لايحد ووجهه ماتقدم فى توجيه الثلاث فى كلمة واحدة قال فى أوائل كتاب القذف من المدونة ومن تزوج خامسة أو امرأة طلقها ثلاثا أو البتة قبل ان تنكح زوجا غيره أو أخته من الرضاع أو النسب أو من ذوات محارمه عامدا عارفا بالتحريم أقيم عليه الحد ولم يلحق به الولد اذ لايجتمع الحد وثبوت النسب انتهى ثم قال بعده ومن طلق امرأته قبل البناء طلقة واحدة ثم وطئها بعد الطلقة وقال ظننت انه لايبتها منه الا الثلاث فلها صداق واحد ولا حد عليه اذا عذر بجهل ولو طلقها بعد البناء ثلاثا ثم وطئها فى العدة وقال ظننت ذلك يحل لى فان عذر بالجهالة لم يحد وكذلك من تزوج خامسة أو أخته من الرضاعة وعذر بالجهالة فى التحريم لم يحد انتهى (تنبيهات * الاول) علم من هذا أن قول المصنف فى النكاح أو مبتوتة قبل زوج انما تكلم فيه على تأبيد التحريم وعدمه فذكر انه لايتأبد تحريمها وأما الحد وعدمه فلم يتعرض له فيفصل فيه بين العالم والجاهل (الثانى) قوله فى المدونة البتة بعد الثلاث زائد قاله أبو الحسن (الثالث) تقدم فى باب الاستلحاق المسائل التى يجتمع فيها الحد ولحوق الولد والله أعلم ص ﴿ أومطلقة

(أومبتوتة) من المدونة من تزوج خامسة أو امرأة طلقها ثلاثا قبل أن تنكح زوجا غيره أو أخته من الرضاعة أو النسب أو شيئا من ذوات المحارم عامدا عارفا بالتحريم أقيم عليه الحد ولم يلحق به الولد قال وان تزوج امرأة فى عدتها عالما بالتحريم لم يحد وعوقب وكذلك ناكح امرأته المبتوتة لايحد عالما كان أو جاهلا للاختلاف فيها وأما ان كانت مطلقة ثلاثا فان كان عالما حد لانه لم يختلف فيه وان كان جاهلا لم يحد وروى على من نكح فى عدة ووطئ فيها ولم يعذر بجهالة انه يحد ابن يونس وهذا خلاف للمدونة (وان بعدة) الذى لابن الحاجب لو طلق امرأة ثلاثا ووطئها فى العدة أو تزوجها قبل زوج ووطئها فانه يحد ابن عرفة ظاهره ولا يعذر بدعوى الجهالة وهو خلاف المدونة (وهل ان أبت فى مرة تأويلان) ابن عرفة ظاهر المدونة سواء أوقع الثلاث فى مرة أو مفترقات وقال أصبغ من نكح مبتوتة عالما لم يحد للاختلاف فيها بخلاف المطلقة ثلاثا (وان مطلقة

قبل البناء أو معتقة بلا عقد كان يطأها مملوكها) لو قال مطلقة قبل البناء أو معتقة بلا عقد والا حد كان يطأها مملوكها لتنزل على ما يتقرر من المدونة من طلق امرأته قبل البناء طلقة ثم وطئها وقال ظننتها رجعية كالمدخول بها فلا حد عليه ان رجع عذر بالجهالة وقال محمد من أعتق أم ولده ثم أصابها وقال ظننتها انها تحل لي وقال ابن القاسم لا حد عليه بخلاف من اشترى من يعتق عليه فانه ان وطئها حد ابن يونس انما حد فيمن تعتق عليه بالنسب لانهن أحرار بعقد الشراء بخلاف من لا تعتق عليه بالعقد وقال في الموازية ان مكنت مملوكها من نفسها حدت (أو مجنون) من المدونة من زنت بمجنون أقيم عليها الحد (بخلاف الصبي) من المدونة ان زنت امرأة بصبي مثله يجامع الا أنه لم يحتلم فلا حد عليها ابن عرفة فهو أحرى (الا أن يجهل العين أو الحكم ان جهل مثله الا الواضح) ابن الحاجب يخرج بتعمد المعذور بجهل العين * ابن شاس كان يظن انها زوجته أو أمته ابن الحاجب ويخرج أيضا المعذور بجهل الحكم اذا كان يظن به ذلك فلو كان زنا واضحا ففي عذره قولان وقال مالك في المدونة لا يعذر المرتهن اذا وطئ المرهونة وقال ظننت أنها تحل لي وفي المدونة أيضا لا يعذر العجم اذا ادعوا الجهالة ولم يأخذ مالك بالحديث الذي قالت زنيت بمرعوش بدرهمين ورأى أن يقام الحد في هذا قيل كانت هذه أمة تختلف الى عبد مقعد فاعطاها درهمين وفجر بها (لا مساحقة وأدبت اجتهادا) الباجي المساحقتان من النساء سمع ابن القاسم ليس في عقوبتهما حد وذلك الى اجتهاد الامام والدليل على صحة قول ابن القاسم هذا انما بمعنى المباشرة ولا حد الا بمغيب وفي نوازل البرزلي ان حدهما خمسون جلدة وتغتسل وان لم

تنزل وقال ابن عباس في الاستمناء للرجل والمرأة أي وهو خير من الزنا ونحوه لابي الشعث ومجاهد والحسن وللمرأة أن تبالغ في الاستنجاء قاله اللخمي (كبهيمة) من المدونة مع غيرها لا يحد من أتى البهيمة ويعاقب (وهي كغيرها في الاكل والذبح) الطرطوشي لا يختلف مذهب مالك أن البهيمة لا تقتل وان كانت مما تؤكل كل أكلت (ومن حرم لعارض كحائض) ابن شاس قولنا في حد الزنا انه الوطء في غير ملك احترز نابه عن وطء الحائض والمحرمة والصائمة في الملك (أو مشتركة أو معتدة) ابن شاس ان كانت شبهة في المحل بأن تكون مملوكة محرمة بسبب شركة أو عدة أو تزويج فلا حد عليه في وطئها (أو مملوكة لا تعتق) سمع عيسى ابن القاسم من وطئ أمة بملك يمين ممن تحرم عليه بالنسب ولا تعتق عليه من عمة أو خالة أو بنت أخت فلا حد عليه في شيء من ذلك وان علم انهن محرمات عليه (ولحق به الولد) ابن رشد هذا صحيح على ما في المدونة (أو على أختها وهل الأخت النسب لتحريمها بالكتاب تأويلان) ابن يونس قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات وكان يقول ادرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فلان يخطئ الحاكم في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة اذا رأيتم للمسلم مخرجا فادرؤا عنه الحد قال في المدونة من تزوج امرأة في عدتها أو على خالتها أو على عمتها عامدا لم يحد وعوقب * ابن العربي الكلام في المحرمات باب عظيم وليس ما حرمته السنة كما حرمه القرآن وبهذا قال ابن القاسم من جمع بين المرأة وعمتها عالما بالنهي درئ عنه الحد لان تحريمه بالسنة بخلاف من جمع بين المرأة وأختها فانه يحد لان تحريمه بالقرآن ولم ينقل ابن يونس الا مانصه قال ابن القاسم من تزوج أخته من الرضاعة أو النسب عارفا بالتحريم حد ولم يلحق به الولد (أو كأمة محللة وقومت وان أبيا) من المدونة كل من أحلت له جارية أحلها له أجنبي أو قريب أو امرأة ردت الى سيدها الا أن يطأها من أحلت له فلا يحد ولو كان عالما ولزمته قيمتها وان لم تحمل وليس لربها التماسك بها وقال الأبهري ان كان عالما بالتحريم ولم يلحق به الولد حد * ابن يونس هذا خلاف المدونة

قبل البناء أو معتقة بلا عقد * ش يعني ان من طلق زوجته قبل البناء ثم وطئها دون تجديد عقد فانه يحد الا ان يعذر بجهل ويكون مثله يجهل ذلك وكذلك من أعتق أمة ثم وطئها دون عقد عليها فانه يحد الا ان يعذر بجهل وقد تقدم نص المدونة في ذلك ونصها أيضا في اختصار ابن أبي زيد ومن تزوج خامسة أو أخته من الرضاعة قال ابن حبيب عن أصبغ أو أخته من النسب قال ابن القاسم أو غير الاخت من ذوات المحارم أو طلق امرأته ثلاثا ثم تزوجها قبل زوج أو طلقها قبل البناء واحدة ثم وطئها في العدة أو أعتق أم ولده ثم وطئها في العدة منه فان ادعى في جميع هؤلاء الجهالة بالتحريم ومثله يجهل ذلك قال أشهب مثل الأعجمي وشبهه فلا حد عليه وان كان عالما ولم يعذر بجهل حد ولم يلحق به الولد قال ابن القاسم وما درأت فيه الحد ألحقت فيه الولد وليس عليه للتي وطئ بعد الطلاق البائن أو العتق المبتل صداق موتنف وذلك داخل في الملك الاول كمن وطئ بعد حنثه منها ناسيا ليمينه أو لم يعلم بحنثه انتهى من كتاب الرجم وانظر النوادر في ترجمة من تخالع على انها ان طلبت ما أعطته عادت زوجة والله أعلم ص * أو معتدة * ش سواء وطئها بالملك أو بالنكاح على المشهور

(أومكرهة) قال ابن العربى المكره على الزنا لاحد عليه وكذلك المكرهة على التمكين لاتحد وقال ابن القصار ان انتشر قضيبه حد * اللخمى هذا غير صحيح قد يريد الرجل شرب الخمر ويكف عنها خوف أمر الله وقد ذكر فى الاحياء حكمة الله سبحانه ونعمته فى اللسان منها ان خلق الله تحته عينا يفيض اللعاب منها قدر ماينعجن به الطعام وسخرها لهذا الأمر بحيث ترى طعاما على بعد فتفور المسكينة للخدمة قبل أن يصل اليها الطعام (أومبيعة بغلاء) سمع عيسى ابن القاسم من جاع فباع امرأته من رجل فأقرله بذلك فوطئها مشتريها فعن مالك وهو رأى انهما يعزران وتكون طلقة بائنة ويرجع عليه المشترى بالثمن وقد ترجم المتيطى فى كتاب الطلاق على هذا فقال ماجاء فيمن باع امرأته أو زوجها جادا أوهازلا انظره فيه (والأظهر ان ادعى شراء أمة ونكل البائع وحلف الواطئ) من المدونة من وطئ أمة رجل فادعى انه ابتاعها منه وأنكر ذلك سيدها فان لم يأت ببينة حد فان طلب الواطئ يمين السيد انه لم يبعها منه أحلفته له فان نكل حلف الواطئ وقضى له بها ودرئ عنه الحد اهـ فانظر قول خليل والأظهر (والمختار ان المكره كذلك والأكثر على خلافه) انظر عند قوله أومكرهة (وثبت باقراره مرة) ابن عرفة نصوص المدونة وغيرها واضحة بحد المقر بالزنا طوعا ولو مرة واحدة (الا أن يرجع مطلقا) فى الموازية ان رجع عن اقراره لوجه وسبب لم يختلف أصحاب مالك فى قبول رجوعه * الباجى وان رجع لغير شبهة فروى ابن وهب ومطرف انه يقال وقاله ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم وروى عن مالك لايقبل منه (أويهرب وان فى الحد) أبو عمر (٢٩٤) اختلف قول مالك فى المقر بالزنا أو بشرب الخمر يقام عليه بعض الحد فيرجع تحت الجلد فقال مرة ان يقيم أكثر وقال مرة يقال ولايضرب بعد رجوعه وهو قول ابن القاسم وجماعة العلماء (وبالبينة فلايسقط بشهادة أربع نسوة ببكارتها) ابن الحاجب يثبت الزنا بالاقرار ولو مرة وبالبينة ثم قال بعد كلام ولو شهد أربع نسوة ببكارتها لم يسقط الحد وعبارة المدونة اذا شهد عليها بالزنا أربعة عدول فقالت أنا عذراء ونظر اليها النساء وصدقنها لم ينظر الى قولهن وأقيم عليها الحد (ويحمل فى غير متزوجة) من المدونة ان ظهر بامرأة حمل ولم تقم بينة بالنكاح حدت * اللخمى تحد ان لم تكن ذات زوج وسيد ولاشبهة ولم تكن طارئة (وذات سيد غير مقر به) فى الموازية لايجب رجم ولا جلد الا بأحد ثلاثة أوجه اما باقرار لارجوع بعده الى قيام الحد أو يظهر بحرة غير طارئة حمل ولايعرف لها نكاح أو بامة لايعرف لها زوج وسيدها منكر لوطئها او بشهادة كما أخبر الله سبحانه وتعالى (ولم يقبل دعواها الغصب بلاقرينة) اللخمى فان ظهر بامرأة حمل وادعت انه من غصب وتقدم لها ذكر ذلك أوأتت متعلقة برجل أوكان سماعا واستشكت ولم تأت متعلقة به لم تحد ان ادعته على من يشبه وان ادعته على رجل صالح حدت وتعزر ان لم تسم من استكرهها ان كانت معروفة بالخير (ويرجم المكلف الحر المسلم ان أصاب بعدهن بنكاح لازم صح) ابن الحاجب شرط موجب الحد الاسلام والتكليف وهو ثلاثة جلد مفرد وجلد مع تغريب ورجم فالرجم على المحصن منهما ويحصل الاحصان لكل منهما بالتزويج الصحيح اللازم والوطء الصحيح المباح المحلل للمبتوتة وقال مالك لايحد الكافر فى الزنا ويرد الى أهل دينه ويعاقب اذا أعلنه وأما فى سرقته فانه يحد * ابن عرفة الوطء المباح بنكاح صحيح لاخيار فيه من بالغ مسلم حر احصان اتفاقا فحده ان زنى بعد ذلك الرجم * أبو عمر مايفسخ بعد البناء لايحصن واطئه بخلاف الذى لا يفسخ بعد البناء فان الوطء فيه احصان وأما الوطء الفاسد كوطء الحائض والمحرمة والمعتكفة والصائمة فنقل اللخمى عن ابن دينار والمغيرة انه يحصن وفى كون الوطء فى نكاح ذى خيار أمضى بعد الوطء احصانا نقلا اللخمى عن ابن القاسم وأشهب وفى المدونة تحصين

ص ﴿ أومكرهة ﴾ ش تصوره ظاهر (فرع) قال فى الطراز فى أواخر الجزء الثالث فى ترجمة تفسير الطلاق ومايلزم من ألفاظه قال ابن عبد الغفور ويقال ان عبد الله بن عيسى سئل عن جارية بكر زوجها فابتنى بها زوجها فأتت بولد لاربعة أشهر فذكر ذلك لها فقالت انى كنت نائمة فانتبهت لبلل بين فخذى وذكر الزوج انه وجدها عذراء فأجاب فيها انه لاحد عليها اذا كانت معروفة بالعفاف وحسن الحال ويفسخ النكاح ولها المهر كاملا الا ان تكون علمت بالحمل وغرت فلها قدر مااستحل منها انتهى من الاستغناء اهـ كلام الطراز ص ﴿ وثبت باقراره مرة الا أن يرجع مطلقا ﴾ ش أى سواء رجع الى مايعذر به أوأكذب نفسه من غير ان يبدى عذرا قال الشارح واليه أشار بالاطلاق فان أنكر الاقرار فان انكاره كتكذيب نفسه على قول ابن القاسم الذى مشى عليه المؤلف انه يقبل رجوعه ولو كان لغير شبهة قاله فى التوضيح فى باب الزنى وفى باب الشهادات والله أعلم ص ﴿ ويرجم المكلف الحر المسلم ان أصاب بعدهن بنكاح لازم صحيح ﴾ ش هذه

شروط الرجم و يعني ان الرجم انما يكون بشرط كون الزاني مكلفا أي عاقلا بالغا حرا مسلما أصاب أي وطئ بعدهن أي بعد حصول هذه الصفات له بنكاح أي في نكاح لازم صحيح يريد اصابة صحيحة فلا رجم على مجنون ولا على غير بالغ ولا على عبد ولا على كافر ولا على من لم يتزوج أو تزوج ووطئ في نكاح غير لازم كالنكاح الذي فيه خيار كنكاح العبد ذي العيب أو تزوج ووطئ في نكاح فاسد يفسخ قبل البناء و بعده أو تزوج ووطئ وطأ غير صحيح وهو الوطء الممنوع كالوطء في الحيض والنفاس والاحرام والاعتكاف والله أعلم (تنبيه) قال في النوادر قال محمد وان تابت المرأة بعد احصانها أو الرجل أو كانا على نكاحهما فقد وجب عليهما الاحصان وصرح بذلك أيضا في مختصر الوقار ص ﴿ ولم يعرف بداءة البينة ثم الامام ﴾ ش أنظر لم يتعرض المصنف الى حضور جماعة للحد وقد قال الله تعالى وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين وقال ابن عرفة في باب اللعان وفيها بمحضر من الناس * ابن محرز لأنه حكم امام بما فيه حقوق كثيرة فوجب ان يحضر من يشهد عليه لقوله تعالى في الزانيين وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين وأقلها عند مالك أربعة انتهى وقال ابن العربي في آية النور المراد بالآية توبيخ الزناة والتغليظ عليهم ليرتدعوا لأنه كلما كثرت الطائفة في خصوصهم كان أغلظ واختلف في أقل ما يجزى فقال الحسن عشرة وقال ربيعة ما زاد على الاربعة وقيل أربعة ذكره جماعة عن المذهب وهو قول أبي زيد ورأى ان هذا كشهادة الزنا وقال عطاء والزهرى ثلاثة وقيل اثنين وحكى بعضهم ذلك عن عطاء وهذا قول مالك المشهور وقيل يجزى الواحد اه وقال ابن بكير في أحكامه التي رواها عن مالك قال مالك الطائفة ههنا أربعة يحضرون جلد الزاني البكر ليعلم انه محدود في الزنى فان قذفه قاذف لم يحد لأنه ثبت انه محدود في زنى ولا يجزى في ذلك دون أربعة شهداء وقال في الجواهر في باب اللعان بحضر أربعة فأكثر لقوله تعالى في الزنى وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين فيحضرون هنا بجامع التغليظ ولأن قطع الانساب وفساد الاعراض أمر عظيم فيغلظ في سببه انتهى ونقله في الذخيرة وقال القاضي عبد الوهاب في المعونة وينبغي للامام ان يحضر الحد طائفة من المؤمنين الاحرار العدول لقوله تعالى وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين وكذلك السيد في اقامة الحد على عبده وأمته والطائفة أربعة فصاعدا والفائدة في ذلك انه ان قذفه قاذفه وطالبه بحد قاذفه أمكن قاذفه التخلص من ذلك وباحضار من شهد حده انتهى وقال في التلقين وينبغي للامام احضار طائفة من المؤمنين للحد وأقلهم أربعة ممن تقبل شهادتهم اه ونحوه في الجلاب وقال في مختصر عيون المجالس يستحب للامام أن يحضر في اقامة الحد في الزنى طائفة من المؤمنين كما قال تعالى وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين والطائفة عندنا وعند أبي حنيفة والشافعي أربعة فصاعدا وروى عن ابن عباس واحد فما فوقه وذهب عطاء وأحمد بن حنبل الى أن الطائفتين هنا اثنان فصاعدا وذهب الزهرى الى انها ثلاثة وذهب الحسن الى انها عشرة انتهى وقال القرطبي في قوله تعالى وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين قيل لا يشهد التعذيب الا من لا يستحق التأديب قال مجاهد رجل فما فوقه الى الألف وقال ابن أبي زيد لا بد من حضور أربعة قياسا على الشهادة على الزنا وان هذا باب منه وهو قول مالك والليث والشافعي وقال عكرمة وعطاء لا بد من اثنين وهذا مشهور قول مالك فرآها موضع شهادة وقال الزهرى ثلاثة لانه أقل الجمع ثم قال واختلف في المراد بحضور الجماعة هل المقصود بها الاغلاظ على الزناة والتوبيخ والردع أو الدعاء لهما بالتوبة والرحمة قولان للعلماء انتهى و يفهم من كلام القرطبي

المجنونة واطئها ولا يحصنها قال في المدونة كل وطء أحصن الزوجين أو أحدهما فانه يحل المبتوتة وليس كلما يحل يحصن * ابن عرفة كان يجرى لنا ابطال صدق هذه الكلية بنقل عبد الحق عن ابن القاسم وطء المجنونة يحصن واطئها ولا يحلها راجع ابن عرفة (بحجارة معتدلة) قال مالك يرمى بالحجارة التي يرمى بمثلها فاما الصخر العظام فلا (ولم يعرف بداءة البينة ولا الامام) قال مالك مذ أقامت الائمة الحدود فلم نعلم أحدا منهم تولى ذلك بنفسه ولا ألزم ذلك البينة خلافا لأبي حنيفة القائل ان ثبت الزنا ببينة بدأ الشهود ثم الامام ثم سائر الناس

(كلائط مطلقاوان عبدين وكافرين) ابن عرفة اللائطان كالمحصنين وان لم يحصنا * ابن أبى زيد لو كانا عبدين أو كافرين لرجا خلافا لأشهب (وجلد الحر البكر مائة) ابن عرفة حد زنا البكر الحر جلد مائة (وتشطرت بالرق وان قل) من المدونة حد العبد فى الزنا خمسون وكذلك الامة وكل من فيه عقد حرية لم يتم كالمدبر والمكاتب وأم الولد والمعتق بعضه والمعتق الى أجل (وتحصن كل دون صاحبه بالعتق والوطء بعده) ابن عرفة الوطء بعد عتق أحدهما يحصن المعتق منهما (وغرب الحر الذكر فقط عاما) من المدونة لانفى على النساء ولا على العبيد ولا تغريب ولا ينفى الرجل الحر الا بالزنا أوفى حرابة به فيسجنان جميعا فى الموضع الذى ينفيان اليه يسجن الزانى سنة والمحارب حتى تعرف توبته (وأجره عليه فان لم يكن له مال فمن بيت المال) فى الموازية كراؤه فى سيره عليه فى مال الزانى والمحارب فان لم يكن له مال ففى مال المسلمين (كفدك وخيبر من المدينة فيسجن سنة) من المدونة قال مالك وقد كان ينفى عندنا الى فدك وخيبر قال ويسجن المحارب والزانى فى الموضع الذى ينفيان اليه يسجن الزانى سنة ابن القاسم من يوم يصير فى السجن مطرف ويؤرخ يوم سجنه (وان عاد أخرج ثانية) ابن شاس فان عاد أخرج ثانية (وتؤخر المتزوجة لحيضة) اللخمى ان شهد على امرأة بالزنا منذ أربعين يوما أخرت ولم تضرب ولم ترجم حتى تتم لها ثلاثة أشهر من حين زنت فينظر أحامل هى أم لا ولا يستعجل الآن لامكان أن تكون حملت وان لم يمض لها أربعون يوما جاز تعجيل حدها جلدا أو رجما الا أن تكون ذات زوج فيسئل فان قال كنت استبرأتها فيها حدت ورجمت وان قال لم أستبرئها خير بين أن يقوم بحقه فى الماء الذى له فيها فتؤخر لينظر هل تحمل منه أم لا أو يسقط حقه فتحد انتهى أنظر قوله للزوج أن يسقط حقه فتحد فى الماء الذى له فيها هل هو فرع جواز افساد المنى قبل الاربعين يوما وسيأتى له فى آخر هذه المسئلة ما يرشح هذا وكذلك أيضا فى العدة قبل قوله يجب الاستبراء وقد قال عياض رأى بعضهم انه ليس للنطفة حرمة ولا لها حكم الولد فى الاربعين يوما وخالفه غيره فى هذا ولم ير اباحة افساد المنى ولا تسبب اخراجه بعد حصوله فى الرحم بوجه قرب أو بعد بخلاف العزل قبل حصوله فى الرحم انتهى نص عياض وانظر ان لم يعزل لكن جعل بين الماء وحصوله فى الرحم ما منع علوقه به أفتى ابن زرقون انه كالعزل قال لانه ما جنى على موجود اللخمى وأجاز فى المدونة اذا زنت منذ شهرين أن ترجم اذا نظر لها النساء وقلن لا حمل بها وليس بالبين لانه صلى الله عليه وسلم أخبر بكونه نطفة أربعين يوما ثم علقة واذا كان كذلك أمكن أن يكون فى الشهرين علقة ولا يجوز حينئذ أن يعمل عملا يؤدى الى اسقاطه كما لا يجوز للمرأة أن تشرب ما تطرحه به (وبالجلد اعتدال الهواء) من المدونة المريض ان خيف عليه من اقامة الحد أخر قال مالك وان خيف على السارق أن يقطع فى البرد أخر ابن القاسم والذى يضرب الحد فى البرد مثله اذا خيف عليه أخر والحد بمنزلة البرد اللخمى ان كان ضعيف الجسم سقط الحد أنظر قبل هذا عند قوله والموالاة فى الاطراف (وأقامه الحاكم والسيد ان لم يتزوج بغير ملكه) ابن شاس أما مستوفى

هذا ومن كلام ابن بكير ان الجماعة انما يطلب حضورها فى الجلد لا فى الرجم والله أعلم ص ﴿ كلائط مطلقا ﴾ ش يعنى ان اللائط حكمه الرجم مطلقا سواء كان محصنا أو غير محصن فان كانا بالغين رجما معا وان كانا غير بالغين فلا رجم عليهما وان كان الفاعل بالغا والمفعول به غير بالغ فليرجم الفاعل وان كان الفاعل غير بالغ والمفعول به بالغا فلا يرجم الفاعل وانظر حكم المفعول به فلم أر فيه نصا صريحا وقال الجزولى أنظر ذلك والظاهر انه لا يرجم لان وطء غير البالغ كلا وطء ألا ترى ان الكبيرة اذا وطئها صغير لا تحد كما صرح به المصنف فى باب الزنا فى التوضيح فكذلك هنا والله أعلم (فرع) يحد اللائط مطلقا سواء فعل ذلك بملكه أو بغير ملكه قاله الجزولى وهو ظاهر (فرع) قال ابن الفرس فى سورة الاعراف وأما ان لاط الرجل بنفسه فأولج فى دبره فعندنا انه لا حد فيه وانه يعزر وقيل يقتل كما لو لاط بغيره وهو أحد أقوال الشافعى وقيل هو كالزانى فى الاحصان وهو أيضا أحد أقوال الشافعى والحجة لمالك ان الآية نزلت فى قوم يفعل بعضهم ببعض فينبغى أن يقتصر فى العقوبة والنازلة فى ذلك على موضعها ولا يتعدى الى غيرها الا أن يدل دليل انتهى ص ﴿ وتؤخر المتزوجة لحيضة ﴾ ش قال ابن الحاجب وينتظر وضع حملها والاستبراء فى ذات الزوج قال فى التوضيح قال ابن عبد السلام وانظر هل هو حيضة وهو الأقرب أو ثلاث حيض خليل بل القاعدة ان الحرة لا تستبرأ الا بثلاث حيض انتهى (قلت) قد تقدم فى باب الردة ان مالكا نص فى الموازية على انها تستبرأ بحيضة وحكم البابين واحد ولعل المصنف انما جزم بذلك لما ذكرناه والله اعلم ص ﴿ وأقامه الحاكم والسيد ﴾ ش قال ابن الحاجب والسيد فى رقيقه فى حد الزنا

الحد فهو الامام فى حق الاحرار ولا بأس للسيد أن يقيم على مملوكه حد الزنا والقذف والخمر لا السرقة اللخمى وكذا ان كان زوج أمته عبده فله اقامته عليها ابن شاس انما يحد أمته اذا كانت غير ذات زوج أو كان زوجها عبده فان كانت متزوجة بغير عبد سيدها فلا يقيم الحد عليها الا الامام وكذلك العبد اذا كانت له زوجة حرة أو أمة لغير سيده فلا يقيم الحد عليها الا الامام (بغير علمه) من المدونة لا يحد عبده فى الزنا الا بأربعة سواه فان كان أحدهم رفعه الى الامام قال عبد الملك من رأى أمته تزنى لم يجلدها اذ ليس للسلطان أن يجلد برؤيته (وان انكرت الوطء بعد عشرين سنة وخالفها الرجل فالحد وعنه فى الرجل يسقط مالم يقر به أو يولد له وأول على الخلاف أو خلاف الزوج فى الأولى فقط أو لأنه يسكت أو لأن الثانية لم تبلغ عشرين تأويلات) من المدونة اذا أقامت المرأة مع زوجها عشرين سنة ثم زنت فقالت لم يكن الزوج جامعنى والزوج

مقر بجماعها فهى محصنة ومن المدونة أيضا عن ابن القاسم من تزوج امرأة وتقادم مكثه معها بعد الدخول بها فشهد عليه بالزنا فقال جامعتها منذ دخلت عليها فان لم يعلم بولد يظهر أو باقرار بالوطء لم يرجم لدرء الحد بالشبهة وان علم منه اقرار بالوطء قبل ذلك رجم قال يحيى هذا اختلاف قال ابن يونس ليس الامر كما توهم والفرق بينهما أن المسئلة الأولى ان الزوج مقر بجماعها وفى المسئلة الثانية لم تدع الزوجة انه وطئها راجع التنبيهات (وان قالت زنيت معه وادعى الوطء والزوجية أو وجدا فى بيت وأقر به وادعيا النكاح أو ادعاه فصدقته أو وليها وقالا لم

نشهد حدا) من المدونة اذا قالت امرأة زنيت مع هذا الرجل وقال الرجل هى زوجتى وقد وطئتها أو وجدا فى بيت فاقرا بالوطء وادعيا النكاح فان لم يأتيا ببينة حدا * ابن يونس لان من سنة النكاح الاظهار والاعلان وقد نص فى المدونة ان شهادة الولى بالنكاح لغو وفى المدونة اشترى حرة وهو يعلم بها فاقر انه وطئها حد ابن القاسم ولا تحد هى ان أقرت له بالملك ابن يونس يريد وان كانت تعلم انها حرة لانه لا ينفعها دعواها الحرية اذ لا بينة لها تقوم بها ومن المدونة قال مالك فى رجل وجد مع امرأة فى بيت فشهد أبوها وأخوها ان الأب زوجها اياه فلا يقبل ذلك ويعاقبان وان ثبت الوطء حد ابن يونس روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ادرؤوا الحدود بالشبهات ويقال ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فلأن يخطئ حاكم من الحكام فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة اذا رأيتم للمسلم مخرجا فادرؤوا الحد عنه ابن شاس الجناية الرابعة القذف وفيه بابان الاول فى ألفاظه وموجبها * الباب الثانى فى مجامع أحكامه وقال ابن عرفة القذف الاخص بايجاب الحد نسبة آدمى مكلف

والخمر والقذف قال فى التوضيح احترز من السرقة وغيرها فلا يقيمها الا الوالى قال فى المدونة لان ذلك ذريعة الى أن يمثل بعبده ويدعى أنه سرق انتهى وقال فى المدونة ولا بأس أن يقيم السيد على مملوكه حد الزنا والقذف وحد الخمر أبو الحسن فى الحديث أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم وهو محمول على الوجوب وقال أبو محمد ويقيم الرجل على عبده وأمته حد الزنا وهذه العبارة أصرح لانه وان كان لفظها لفظ الخبر فمعناها الأمر وقوله فى الكتاب لا بأس لما يتوهم ان به الباس وان الحدود ألا يقيمها الا الامام وقد قال فيمن اشترى جارية وقد زنت عند البائع ليس بواجب على المبتاع ان يحدها فمفهومه لو زنت عنده عليه كان عليه واجبا ان يحدها انتهى وقوله السيد سواء كان رجلا أو امرأة قاله الجزولى فى شرح الرسالة وغيره وذكر البرزلى عن التونسى فيمن زنت أمته أن عليه أن يقيم عليها الحد قال البرزلى وظاهر المدونة والرسالة جواز اقامة السيد الحد على عبده لا وجوبه والله أعلم (فرع) واذا أقام الحد فيحضر فى الزنا أربعة نفر وفى الخمر والقذف رجلين قال مالك لانه عسى أن يعتق ويشهد بين الناس فيجد من يشهد عليه بما ترد به شهادته نقله أبو الحسن وغيره (فرع) قال أبو الحسن قوله والقذف ظاهره ولا مقال للمقذوف ان قال السيد لا أرضى الا باقامة الامام الحد وترجم فيه الشيخ انتهى وقال ابن عسكر فى العمدة ولا يقيم الحد على الأحرار الا السلطان وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين انتهى ص * وان قالت زنيت معه وادعى الوطء والزوجية أو وجدا ببيت وأقرا به وادعيا النكاح أو ادعاه فصدقته وليها وقالا لم نشهد حدا * ش جواب الشرط قوله حدا وهذا راجع الى المسائل الثلاث والمسئلتان الاوليان فى كتاب الحدود من المدونة ونصه واذا قالت المرأة زنيت مع هذا الرجل وقال الرجل هى زوجتى قد وطئتها أو وجدا ببيت فأقرا بالوطء وادعيا النكاح فان لم يأتيا ببينة حدا انتهى أبو الحسن معنى المسئلة الثانية اذا لم يكونا طارئين وأما الاولى فسواء كانا طارئين أم لا انتهى وقال أشهب فى الاولى لا حد عليه لانه لم يعترف بوطء الا فى نكاح وتحد هى بخلاف المسئلة الثانية اذا وجد مع امرأة وادعى نكاحها لانه

غير حرا عفيفا مسلما بالغا أو صغيرة تطيق الوطء لزنى أو قطع نسب مسلم

﴿ باب ﴾

(قذف المكلف) ابن رشد حد القذف يجب بوصفين فى القاذف وهما البلوغ والعقل (حرا مسلما بنفى نسب) تقدم قول ابن عرفة نسبة آدمى مكلف غيره حرا عفيفا مسلما بالغا أو صغيرة تطيق الوطء لزنى أو قطع نسب من المدونة من قذف ذميا زجر ومن قذف نصرانية زوجة مسلم نكل واذا افترى ذمى على مسلم حد ثمانين ولا يحد اذا زنى ويقطع اذا سرق وقال مالك من قال لمسلم لست لابيك وأبواه نصرانيان حد قد كان آباء الصحابة مشركين (عن أب وجد لا أم) ابن الحاجب القذف ما يدل على الزنا أو اللواط والنفى عن الاب والجد من المدونة من قال لرجل لست ابن فلانة لم يحد

أقر فهو يدفع عن نفسه وسوى بينهما ابن القاسم قاله فى الذخيرة وقاله أيضا أبو الحسن وأما الثانية فهى فى كتاب القذف ونصها ومن وطئ امرأة وادعى نكاحها وصدقته هى ووليها وقالوا عقدنا النكاح ولم نشهد ونحن نريد أن نشهد الآن فعلى الرجل والمرأة الحد الا أن يقيما بينة غير الولى وان حدث بهما وهما بكران فأراد أن يجددا نكاحا على ذلك النكاح ويقيما عليه لم يجز حتى تستبرأ من ذلك الماء انتهى ويريد المؤلف ويجددا نكاحا فان النكاح يفسخ بطلاق كما تقدم فى النكاح ويريد المؤلف اذا لم يحصل فشو اما اذا حصل فانه يسقط الحد كما قال فى باب النكاح وقال الشارح هنا فى المسئلة الثالثة بعد قوله الا أن يقيما بينة غير الولى للتهمة وان جلدا انتفى النكاح بلا استبراء انتهى ولا أدرى ما معنى هذا الكلام مع قوله بعده ابن القاسم ويأتنفا نكاحا جديدا بعد الاستبراء والله أعلم

ص ﴿ باب ﴾

﴿ قذف المكلف حرا مسلما بنفى نسب عن أب أو جد ﴾ ش قال ابن عرفة القذف الأعم نسبة آدمى غيره لزنا أو قطع نسب مسلم والأخص بايجاب الحد نسبة آدمى مكلف غيره حرا عفيفا مسلما بالغا أو صغيرة تطيق الوطء لزنا أو قطع نسب مسلم فيخرج قذف الرجل نفسه انتهى (قلت) حده الأخص غير مانع لدخول قذف المجنون فيه وقال فى التوضيح لا حد على من قذف مجنونا اذا كان جنونه من حين بلوغه الى حين قذفه ولا يتخلله افاقة اللخمى لانه لا معرة عليه لو صح فعل ذلك منه وأما ان بلغ صحيحا ثم جن أو كان يجن ويفيق فان قاذفه يحد وكذلك المجبوب اذا كان جبه قبل بلوغه لا يعلم كذب قاذفه فلم تلحقه معرة وان كان جبه بعد بلوغه حد وكذلك الحصور الذى ليس معه آلة النساء انتهى وقال ابن عرفة وفيها فى أوائل الرجم ويحد قاذف المجنون وكان يجرى لنا مناقضتها بقولها فى القذف كل ما لا يقام فيه الحد ليس على من رمى به رجلا حد الفرية ويجاب بحمل قولها فى الرجم على المجنون الذى يفيق أحيانا انتهى وقال أبو الحسن قوله فى المدونة ويحد قاذف المجنون معناه أنه بلغ صحيحا ثم جن انظر بقية كلامه وظاهر كلام المؤلف رحمه الله يقتضى ان من نفى عبدا عن نفسه لا حد عليه ولو كان أبواه حرين وليس كذلك قال فيها ومن قال لعبده وأبواه حران مسلمان لست لابيك ضرب سيده الحد فان كان أبوا العبد ماتا ولا وارث لهما أو لهما فللعبد أن يحد سيده وفى الاكتفاء باسلام أبيه دون أمه خلاف فيها ان من قال لعبده لست لأبيك وأبوه مسلم وأمه كافرة أو أمة فتوقف فيها مالك قال ابن القاسم وأنا أرى أن يحد لانه حمل أبوه على غير أمه (فرع) قال فى المسائل الملقوطة اذا قذف حر ان عبدا أو نصرانيا فطلب العبد تعزير قاذفه فليس للعبد فى مثل هذا تعزير وينهى قاذفه ان لا يؤذيه فان كان رجلا فاحشا معروفا بالأذى عزر وأدب عن أذى العبد وغيره انتهى وقال فى النوادر يؤدب قاذف العبد والكافر لاذايته له (مسئلة) اذا قال الشخص لولده لست بولدى فان أراد انه فى قلة طاعته له ليس كالاولاد حلف على ذلك وانه لم يرد النفى عن النسب ولا شئ عليه وان نكل وأراد نفى نسبه كان فى كلامه قطع نسب الولد وقذف لامه فاما قطع نسب الولد فالراجح أنه لا يحد لولده ويظهر ذلك من مسئلة كتاب القذف من المدونة فيمن قال لبنيه ليسوا بولده ويدل له أيضا انه لم يجعل على الاب حدا فيما اذا انتفى من حمل أمته ثم استلحقه وسيأتى فى الكلام على قول المصنف فى آخر الباب وله حد أبيه وفسق انه مشى على القول

الضعيف وعلى القول بانه يحد لقذف ولده و يفسق بانه يجوز عفوه عنه وان بلغ الامام قال اللخمى ولا خلاف فى ذلك كما سيأتى بيانه وأما قذف الام فان كانت حية كان لها القيام بذلك وان كانت ميتة كان لولدها القيام به فاذا قام به الولد لم يجز عفوه بعد بلوغ الامام وتأمل كلام اللخمى وغيره فيمن نفى عبدا عن نسبه وأبواه حران أو أحدهما أو أبواه عبدان أو أحدهما (فرع) فاذا كانت الام حية لم يكن للولد القيام الا بطلب من الام وكذلك كل من وجب له حد من قذف وهذا بخلاف الاب أنظر كلام ابن ناجى فى شرح قول المدونة ومن أذى مسلما أدب ص ﴿ ولا ان نبذ ﴾ ش قال فى أواخر كتاب العتق الثانى من التنبيهات اللقيط هو الملتقط حيث وجد وعلى أى صفة وجد فى صغره والمنبوذ الذى وجد منبوذا لاول ما ولد وقيل اللقيط هو ما التقط من الصغار فى الشدائد والغلاء ولا يعلم له أب وعلى هذا قول ابن القاسم فيمن قذف اللقيط بابيه حد ومن قذف بذلك المنبوذ لم يحد وقال مالك ما نعلم منبوذا الا ولد الزنى وعلى قائلها لغيره الحد وأراد بعض المشايخ أن يخرج من المدونة خلاف هذا من قوله فى الذى استلحق لقيطا انه لا يلحق به الا أن يعلم انه ممن لا يعيش له ولد وسمع الناس يقولون اذا طرح عاش وهذا لا حجة فيه لأن هذا فى النادر وانما تكلم على ما جرت به العادة أولا فى هذه على نازلة وقعت شهدت لها دلائل والا فالغالب ما قاله أولا انتهى وقوله وعلى قائلها لغيره الحد يعنى ان من قال لغيره يا منبوذ فعليه الحد ولعل بعض المشايخ الذى أشار اليه هو اللخمى فانه قال فى كتاب العتق الثانى لما تكلم على اللقيط وأما نسبه فان محمله على انه ذو نسب وانه لرشدة الا أنه غير معروف فان قال له رجل لا أب لك أو يا ولد الزنى حد له واختلف اذا استلحقه رجل فقال فى كتاب أمهات الاولاد لا يقبل قوله ولا يصدق الا ان يكون لذلك وجه ثم ذكر الخلاف فى ذلك ثم قال حكم المنبوذ حكم الملقوط اللقيط فى الحرية والدين واختلف فى النسب فجعله ابن حبيب للزنية لا نسب له وقال من قذف المنبوذ بأبيه وأمه لم يحد وقد قيل المنبوذ من نبذ عندما ولد والشأن انما يفعل ذلك بمن ولد عن زنى واللقيط ما طرح عند الشدائد والجدب وليس عندما يولد ولمالك فى المبسوط مثل ذلك فيمن قال لرجل يا منبوذ قال ما نعلم منبوذا الا ولد الزنى وأرى على من قال ذلك الحد وكل هذا خلاف لقول ابن القاسم لأنه قال فيمن استلحق لقيطا لا يقبل قوله الا أن يعلم انه ممن لا يعيش له ولد وسمع الناس يقولون انه اذا طرح عاش وهذا انما يفعل عند الولادة انتهى وقال ابن عرفة فى آخر باب اللقطة لما تكلم على اللقيط وأطلق عليه ابن شعبان لفظ منبوذ وترجم على أحكامه فى الموطأ بالقضاء فى المنبوذ وفى صحاح الجوهرى المنبوذ اللقيط ثم ذكر كلام اللخمى فتحصل من هذا ان المنبوذ هو من طرح عند ولادته وان اللقيط من طرح بعد ذلك وانه قد يطلق على اللقيط انه منبوذ اذا علم ذلك فقول المصنف ولا ان نبذ الذى يظهر من معناه ان من بقى منبوذا عن أب أو جد لا حد عليه ولا اشكال فى ذلك لأنه لا أب له ولا جد اذ لا نسب له هذا ان كان معناه انه قال لست ابن فلان وأما ان كان معناه انه قال لا أب لك أو يا ولد زنى فهذا يأتى على ما ذكره اللخمى عن مالك فى المبسوط وعن ابن حبيب وما حكاه عياض عن ابن القاسم وان كان خلاف ما ذكره ابن رشد فى البيان وحكاه عنه ابن غازى وأما ما ذكره الشارح والمحشى فى تفسير كلام المصنف وان معناه اذا قال للمنبوذ يا ابن الزانى أو يا ابن الزانية فبعيد لأن كلام المصنف فى النفى عن النسب لا فى قذف أبى المنبوذ أو أمه فتأمله ولا شك انه اذا قلنا لا حد على من قال للمنبوذ ليس لك اب أو يا ولد الزنى فلا حد على من قال له يا ابن الزانى أو يا ابن الزانية والعلة

(ولا ان نبذ) أنظر هذا عند قوله أو مجهولا

(أو زنى) ابن رشد يجب حد القذف على مذهب مالك فى وجهين أحدهما أن يرميه بالزنا والثانى أن ينفيه من نسبه وسواء كانت أمه أمة أو كافرة (ان كلف وعف عن وطء يوجب الحد بآلة و بلغ) ابن رشد حد القذف يجب بخمسة أوصاف فى المقذوف وهى الاسلام والحرية والعفاف والبلوغ وأن يكون معه متاع الزنا ليس بحصور ولا مجبوب قبل البلوغ ومن الناس من زاد العقل وليس بصحيح لانه داخل تحت العفاف انتهى نص ابن رشد وقال ابن عرفة يشترط اسلام المقذوف وحريته وعفافه وعقله حين رمى بالفاحشة لما تقدم من قولها كل مالا يقام فيه الحد ليس على من رمى به رجلا حد الفرية (كان بلغت الوطء) من المدونة من قذف صبية لم تبلغ الوطء ومثلها يوطأ فعليه الحد (أو مجهولا) ابن شاس من قذف مجهولا فلا حد عليه الباجى قال ابن المواز وروى فى رجل قال لجماعة أحدكم زان أو ابن زانية فلا يحد اذ لا يعرف من أراد فان قام به جميعهم فقد قيل لا حد عليه ومن ابن يونس من قال لست ابن فلان لجده حد كان جده مسلما أو كافرا أشهب وهذا اذا كانت ولادة جده فى الاسلام ولم يكن مجهولا فان كان مجهولا لم يحد ان كان مولى وكذلك ان نفاه من أبيه دنية لان المجهولين لا تثبت انسابهم ولا يتوارثون بها وان كان من العرب حد وان كانت ولادة أبيه أو جده فى الجاهلية وولد المنفى فى الاسلام وان كان محمولا مع أبيه لم يحد من نفاه ومن قال لعبده وأبواه حران مسلمان يا ابن الزانى حد ولو كان أبوه مسلما وأمه كافرة أو أمة فقد وقف فيها مالك قال ابن

فى ذلك كونه ولد زانية لأن أباه وأمه غير معروفين لأن هذه العلة موجودة فى اللقيط وقد نص ابن رشد على ان من قال له يا ابن الزانى و يا ابن الزانية ان عليه الحد فتأمله (تنبيه) مانقله ابن غازى عن ابن عرفة فى المجهولين لم أقف عليه فى كلام ابن عرفة فى كتاب القذف ولا فى اللقيط ولا غيره فانظره ص ﴿أو زنى﴾ ش تصوره ظاهر من كلام الشارح (فرع) لو قذفه بالزنى ثم أثبت انه زنى فى حال الصبا أو فى حال الكفر لم ينفعه ذلك لأن هذا ثبت عليه اسم زنى بخلاف ما اذا ثبت عليه انه زنى فى حال رقه فان اسم الزنى لازم له نقله ابن عرفة وهذا مستفاد من قول المصنف وعف عن وطء يوجب الحد و يخرج به ما اذا ثبت عليه انه وطئ بهيمة (فرع) فلو قذف رجلا فارتد المقذوف لم يحد قاذفه ولو رجع الى الاسلام كمن قذف رجلا بالزنى فلم يحد له حتى زنى المقذوف فلا يحد قاذفه نقله ابن عرفة عن المدونة ومنه يعلم أنه اذا ثبت على المقذوف زنى فلا حد على قاذفه ولو قذفه بزنى غير الزنى الذى ثبت عليه ص ﴿وعف﴾ ش أى يشترط فى وجوب حد القذف ان يكون المقذوف عفيفا ولم يفسر الشارح العفاف وقال ابن الحاجب العفاف ان لا يكون معروفا بالقيان ومواضع الفساد والزنى بخلاف السارق والشارب قال فى التوضيح هكذا نقل فى الجواهر عن الاستاذ فقال ومعنى العفاف ان لا يكون معروفا بالقيان ومواضع الفساد والزنى فلو قذف معروفا بالظلم والغصب و السرقة وشرب الخمر وأكل الربا والقذف يحد له اذا كان غير معروف بما ذكرنا ولم يثبت عليه ما رمى به فان ثبت أو كان معروفا بذلك لم يحد قاذفه قال ابن عبد السلام وغيره ومقتضى مسائل المذهب خلافه وانه لا يخرجه من الحد الا ان يكون ممن حد فى الزنى أو ثبت عليه وان لم يحد له واختلف اذا أقام شاهدين على اقراره بالزنى بناء على انه هل يثبت الاقرار بشاهدين أم لا انتهى كلام التوضيح وقال ابن عرفة وعفاف المقذوف الموجب حد قاذفه فى مسائل المدونة وغيرها واضحة بان السلامة من فعل الزنى قبل قذفه و بعده ومن ثبوت حده لاستلزامه اياه ثم قال قال ابن شاس قال الاستاذ أبو بكر ثم ذكر كلامه المتقدم ثم قال قلت وظاهر نصوص المذهب خلافه انتهى وما قاله ابن عرفة والشيخ خليل وابن عبد السلام هو الظاهر وقد قال ابن الحاجب و يسقط الاحصان بثبوت كل وطء يوجب الحد قبل القذف و بعده ولو كان عدلا قال فى التوضيح قوله و يسقط الاحصان المشترط هنا لا فى الرجم بثبوت كل وطء يوجب الحد فيخرج وطء البهيمة ووطء الشبهة قبل القذف و بعده أى قبل الحد أو بعده ولا يعود اليه الاحصان ثم قال ولا يعود العفاف أبدا ولو تاب وحسنت حاله وقوله بثبوت يقتضى انه لا يسقط الا بذلك وهو خلاف ما فسر به العفاف فانظره انتهى وعليه فلا شك أن الشخص محمول على العفاف حتى يثبت عليه القاذف انه غير عفيف والله أعلم (تنبيه) يفهم من الكلام السابق فى تعريف العفاف ما تقدم التنبيه عليه من ان المقذوف اذا حد فى زنى أو ثبت عليه زنى لا حد على قاذفه ولو قذفه بغير الزنى الذى ثبت عليه والله أعلم قال فى النوادر فى باب المقذوف يرد الجواب على القاذف وقال مالك ومن قذف من جلد فى زنى لم يحد قاله ابن القاسم و يؤدب باذاية المسلمين انتهى وقال أيضا من قذف انسانا ثم أثبت انه حد

القاسم وأناأرى أن يحد وقدنصوا ان المسلمين لاتثبت انسابهم ولايتوارثون (وابن ملاعنة وابنها) من المدونة قال مالك على قاذف ابن الملاعنة وقاذف امه الحد * ابن عرفة قول ابن شاس الملاعنة وابنها كغيرهما واضح فى نسبتهما الى الزنا بعدم نفى عتقهما بما اتصفا به ابن يونس ومن قال لولد الملاعنة لاأبالك حد ان كان على وجه المشاتمة (أوعرض) ابن عرفة الصيغة صريحة وتعريض والتعريض مايدل عليه بقرينة بينة قال ابن شاس كقوله أماأنا فلست بزان (غيرأب) ابن محرز من عرض لولده بالقذف لم يحد لبعده عن التهم فى ولده (ان أفهم) ابن شاس حكم التعريض حكم التصريح اذا فهم منه القذف أوالنفى (يوجب ثمانين جلدة) هذا خبرقوله قذف قال ابن عرفة قدر حد القذف على الحر ثمانون جلدة ذكرا أوأنثى وشطرها على ذوى رق منهما (وان كرر لواحد) أبو عمر من قذف انسانا واحدا مرارا حدله حدا واحدا فاذا حدله ثم عاد فقذفه لم يكن عليه شئ و يزجر عن ذلك ابن عرفة فى المدونة يحد (أو جماعة) من المدونة من قذف ناسا فى مجالس فحده لاحدهم حد لجميعهم وان لم يعلم به حين حده (الابعده) من المدونة ان قذف رجلا فلما ضرب أسواطا قذفه ثانيا وآخر ابتدئ الحد عليه ثمانين من حين يقذفه ولا يعتد بما مضى من السياط (ونصفها على العبد) تقدم نص ابن عرفة شطرها على ذى رق من ذكروأنثى (كلست بزان) تقدم نص ابن شاس بقوله غيرأب (أوزنت عينك) ابن شاس لوقال زنافرجك فهو قاذف وكذلك لوقال زنت عينك أو يدك فانه يحد عند ابن القاسم ورآه من التعريض (أومكرهة) من المدونة من قال لزوجته زنيت وأنت مستكرهة أوقال ذلك لاجنبية لاعن الزوجة وحد للاجنبية (أو عفيف الفرج) الباجى من قال فى مشاتمته انك لعفيف الفرج حد (أو لعربى ما أنت بحر أو ياروى) من المدونة من قال لعربى يامولى أو ياعبد أو يا رومى حد (كان نسبه لعمه بخلاف جده) من المدونة ان قال له أنت ابن فلان نفسه الى جده ولو فى مشاتمة لم يحد وكذا لو نسبه الى جده لامه ولو نسبه الى عمه أوخاله اوزوج أمه حد (وكان قال أنانغل أوولدزنى) ابن شاس لوقال رجل عن نفسه انانغل حد لانه قذف أمه وكذلك لو قال لرجل يانغل حد لانه قذف الجوهرى فلان نغل فاسد النسب ونغل الاديم أى فسد (أوكياقحبة أوقرنان) يحيى بن عمر من قال لامرأته ياقحبة عليه الحد وقال ابن القاسم من قال لرجل ياقرنان جلد لزوجته ان طلبته لان القرنان عند الناس زوج الفاعلة (أوابن منزلة الركبان أوذات الراية) الباجى من قال ياابن منزلة الركبان ففى الواضحة يحد وكذلك من قال ياابن ذات الراية وذلك انه كان فى الجاهلية المرأة البغى تنزل الركبان وتجعل على بابها راية (أوفعلت بها فى عكنها) ابن القاسم من قال فعلت بفلانة فى أعكانها أو بين فخذيها حد الباجى وجهه انه أشد من التعريض وقال أشهب لايحد (لاان نسب جنسا لغيره ولو أبيض لاسود) من المدونة ان قال لفارس يارومى أو ياحبشى أونحو هذا لم يحد ابن القاسم وقداختلف عن مالك فى هذا وانى أرى أن لاحد عليه الاأن يقول ياابن الاسود فان لم يكن فى آبائه اسود فعليه الحد فاما ان نسبه الى حبشى فيقول له ياابن الحبشى وهو بربرى فالحبشى والرومى فى هذا سواء اذا كان بربريا * ابن يونس وسواء قال ياحبشى أو ياابن الحبشى والرومى أو ياابن الرومى فانه لايحد وكذلك عنه فى كتاب محمد انتهى ماينبغى أن تكون به الفتوى على طريقة ابن يونس فانظره أنت (ان لم يكن من العرب) من المدونة من قال لعربى ياحبشى أو يافارسى أو يارومى فعليه الحد لان العرب تنسب الى آبائها وهذا نفى لها من آبائها (أوقال مولى لغيره أناخيرمنك) ابن شعبان ان قال مولى لغيره أناخيرمنك حد

فسقط الحد عن القاذف فلابد من أدبه لاذايته المقذوف انتهى ص ﴿ وان ملاعنة ﴾ ش قال فى مختصر الوقار ومن قال لابن ملاعنة لست لأبيك الذى لاعن أمك فعليه الحد وان قال يامنفى ياابن ملاعنة ياابن من لوعنت فلاحد عليه فى جميع ذلك انتهى وقاله فى كتاب اللعان من النوادر وقال انه يعزر والله أعلم ص ﴿ أو كياقحبة ﴾ ش قال فى القاموس القحب المسن والعجوز قحبة والذى يأخذه السعال وقد قحب يقحب كنصر قحبا أوقحابا وقحب تقحيبا وسعال قاحب شديد والقحبة الفاسدة الجوف من داء والفاجرة لأنها تسعل وتنحنح أى ترمز به و به قحبة أى سعال انتهى و فى الصحاح القحاب سعال الخيل والابل ور بما جعل للناس والقحبة كلمة مولدة انتهى وفى كتاب الافعال لابى مروان عبد الملك عن طريف القرطبي المشهور قحب الشئ قحابا سعل ومنه سعال قاحب وقحب الكلب والبعير سعلا وأصل القحاب فسادا الجوف فقد يكون اشتقاق القحبة من القحاب الذى هو فساد الجوف وقد يكون أيضا من القحاب الذى هو السعال كأنها تستعمل السعال علامة بينها و بين الذى يسافحها وأهل اليمن يسمون المرأة المسنة قحبة انتهى

ص ﴿ أومالك أصل ولافصل ﴾ ش تصوره ظاهر (فرع) قال فى سماع أبى زيد من كتاب القذف وقال يعنى ابن القاسم من قال لرجل فى مشاتمة ما أعرف أباك وهو يعرفه ضرب الحد ثمانين قال ابن رشد هذا بين على ما قاله لأنه قد يكون أبوه هو الذى يعرفه فقد قطع نسبه ونفاه عنه انتهى وذكره فى النوادر وقال بعده ومن كتاب ابن المواز قال مالك فيمن قال لرجل ما أعرف أباك فأنكر ما قال فليرفعه الى السلطان قال محمد ولو قال ما يعرف أبوك لحد انتهى وانظر ما معنى قوله فأنكر ما قال ولعله يعنى انه قال ما أردت بذلك قذفا ولكنى لا أعرف أباه حقيقة سئلت عن رجل قال لشريف ما أنت شريف وأنا سمعت جدك يقول ما أنا شريف فأظهر المدعى مثبوتا بالشرف فأجبت بانى لا أعرف فيها نصا والذى يظهر انه اذا لم يكن الرجل معروفا بالشرف ولم يكن علم بثبوت شرفه وقال ما قال معتمدا على ما سمع من جده فانه لا حد عليه و يحلف بالله انه لم يعلم بذلك وكان الجواب فى مجلس القاضى باللسان و وافق على ذلك من حضر وأسقط المدعى حقه من اليمين واصطلحوا والله الموفق وهذا يشبه ما ذكر ابن ناجى فى شرح المدونة فى كتاب القذف فى رجل تزوج شريفة مشهورة بالشرف فوقع بينهما منازعة فقيل له على وجه النصح تفعل هذا بشريفة من أهل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الزوج هى شريفة بالنسب وأنا شريف بالحسب وأنا أحسن منها وأبى أحسن من أبيها وجدى أحسن من جدها و بلدى أحسن من بلدها وقامت البينة عليه بمقالته واعترف فى مجلس الحكم بذلك فسئل عما أراد بقوله فقال ان أبى كان خطيبا وجدى كان خطيبا وأبوها وجدها ليسا كذلك انه لا يقتل و يؤدب وموجب القياس ان قوله جدى أحسن من جدك يوجب ظاهره قتل قائله لاشتماله على التنقيص الموجب لذلك لكن يوجب الغاء ايجابه لذلك لاحتمال صدق لفظه على جدلا يوجب صدقه عليه مثله والاحتمال فى النازلة المذكورة فيما بينه من خطابة جده دون جدها ان كان فى قوله ذلك صادقا فدليل أدبه واضح فلا يحتاج الى بيان انتهى (فائدة) أول ما حدث تميز الاشراف بالشطبة الخضراء فى سنة ثلاث وسبعين وسبعمائة أمر بذلك السلطان الاشرف شعبان ذكر ذلك ابن حجر فى الانباء ونقله عنه السخاوى فى مسئلة الاشراف له قال وأنشد فى ذلك أبو عبد الله بن جابر

جعلوا لأبناء الرسول علامة * ان العلامة شأن من لم يشهر
نور النبوة فى كريم وجوههم * يغنى الشريف عن الطراز الاخضر

﴿ وقال غيره ﴾

أطراف تيجان أتت من سندس * خضر باعلام على الاشراف
والاشرف السلطان خصهم بها * شرفا لتعرفهم من الاطراف

وذكر ابن حجر انها كانت علامة بنى العباس شطبة سوداء ثم تركت والله أعلم ص ﴿ وفى يا ابن النصرانى أو الازرق ان لم يكن فى آبائه كذلك ﴾ ش يعنى ان من قال لرجل مسلم يا ابن النصرانى أو يا ابن اليهودى أو يا ابن المجوسى فانه يحد الا ان يكون فى آبائه أحد كذلك فانه لا حد عليه ولكن ينكل قاله فى المدونة فى آخر كتاب القذف ولم يذكر الشارح ولا المصنف فى التوضيح انه ينكل اذا كان فى آبائه أحد كذلك وذلك لوضوحه ولكن يتعين ذكره لئلا يتوهم انه لا أدب عليه وقد قال فى المدونة ومن قذف عبدا أو أم ولد أدب ومن قذف ذميا زجر عن أذى الناس كلهم ومن قذف نصرانية ولها بنون مسلمون أو زوج مسلم نكل باذاية المسلمين قال

(أما مالك أصل ولا فصل) الباجى من قال لرجل ليس لك أصل ولا فصل ففى الموازية لا حد عليه وقال أصبغ فيه الحد وجه القول الاول ان هذا اللفظ قد يستعمل على غير وجه القذف وانما يراد به أن ينسب الى الضعة والخمول (أو قال لجماعة أحدكم زان) فى الموازية من قال لجماعة أحدكم زان أو ابن زانية لم يحد اذ لا يعرف من أراد ولو قام به جماعتهم (وحد فى مابون ان كان لا يتأنث) الذى نقل ابن يونس ان من قيل له يا مأبون وهو رجل فى كلامه تأنيث يضرب الكبر و يلعب فى الاعراس و يغنى و يتهم بما قيل فما يخرجه من الحد الا أن يحقق ذلك (وفى يا ابن النصرانية أو الازرق ان لم يكن فى آبائه كذلك) من المدونة قال لرجل يا ابن الاقطع أو الازرق فان لم يكن أحد من آبائه كذلك جلد الحد وان قال له يا ابن اليهودى حد الا أن يكون أحد من آبائه كذلك فينكل (وفى مخنث ان لم يحلف) من المدونة من قال لرجل يا مخنث حد الا أن يحلف انه لم يرد قذفا فان حلف أدب ولم يحد

(وأدب في يا ابن الفاسقة ويا ابن الفاجرة أو يا حمار يا ابن الحمار) من المدونة من قال لرجل يا ابن الفاسقة أو يا ابن الفاجرة فعليه في ذلك النكال ومن قال لرجل يا حمار أو يا ابن الحمار فعليه النكال ومن قال لرجل يا سارق على وجه المشاتمة نكل وان قذفه ببهيمة أدب أدبا موجعا ولم يحد اذ لا يحد من أتى البهيمة ومن ابن سلمون من قال لآخر يا كلب أو يا ثور فان ذلك من الاذى

أبو الحسن أنظر هل راعى حق النصرانية أو انما راعى اذاية المسلمين فيزاد في النكال لحق المسلمين انتهى وانظر كلامه في باب اللعان فانه جزم بانه اذا كان لها ولد مسلم ينكل نكالا أشد من نكال من لا ولد لها ولا زوجة ثم قال في المدونة والنكال قدر ما يرى الامام وحالات الناس في ذلك مختلفة وتقدم عن النوادر في باب المقذوف يرد الجواب على قاذفه قول مالك فيمن قذف من جلد في زنى لم يحد قال ابن القاسم ويؤدب باذاية المسلمين انتهى وقال في المدونة ومن آذى مسلما أدب قاله بعد قوله ومن قال لرجل يا ابن الاقطع ص ﴿ وأدب في يا ابن الفاسقة الى آخره ﴾ ش ومثل ذلك يا خائن يا ثور يا آكل الربا يا شارب الخمر يا يهودي يا نصراني يا مجوسي أو يا سارق يا مرائي قاله في المسائل الملقوطة وقال في النوادر اذا قال له يا آكل الربا أو يا شارب الخمر ونحوه فانه يؤدب وان كان صادقا ولا حد عليه في ذلك وان كان كاذبا انتهى (فائدة) تتضمن بيان مقدار الادب في ألفاظ وأفعال موجبة للادب قال في المسائل الملقوطة قال في المفيد ومن قال لرجل يا مجرم ضرب خمسة وعشرين ومن تكلم في عالم بما لا يجب فيه حد ضرب أربعين سوطا ومن تكلم في أحد بما لا يمكن فيه ولم يأت ببينة وكل من آذى مسلما بلفظ يضره ويقصد به أذاه فعليه في ذلك الادب البالغ الرادع له ولمثله يقنع رأسه بالسوط أو يضرب بالدرة ظهره وذلك على قدر القائل أو سفاهته وقدر المقول فيه ومن لم ينصف الناس في أعراضهم لم ينصفهم في أموالهم انتهى ثم قال واذا قال الرجل لصاحبه الله أكبر عليك فانه يعزر الا أن يعفو عنه خصمه قاله في الدرر الملتقطة للدميري وهذا من الشافعية ثم قال واذا شتم الاخ أخاه فان كان الاخ كبيرا وكان شتمه لأخيه على وجه الادب لم يحد من الطرر قال ورأيت في بعض الكتب سئل بعضهم عن شاتم عمه أو خاله فقال لا أرى عليه في ذلك شيأ وذلك اذا كان على وجه الادب انتهى والمسئلة في سماع ابن القاسم ونقلها ابن عرفة فراجعها في كتاب القذف وقال في المسائل الملقوطة عن المفيد أيضا ومن تكلم بكلمة لغير موجب في أمير من أمراء المسلمين لزمته العقوبة الشديدة ويسجن شهرا ومن خالف ما حكم به القاضي ولم يرض بالحكم عوقب الا أن يتبين الجور ومن خالف أميرا أو كسر دعوته لزمته العقوبة بقدر اجتهاد الامام ومن استهان بدعوة القاضي أو الحاكم ولم يجب ضرب أربعين واذا ارتفع الكلام بين الخصمين في مجلس القاضي ضرب كل واحد عشرة أسواط ومن سرق من الغنيمة دون النصاب ضرب خمسين ومن تغامز مع أجنبية أو تضاحك معها ضربا عشرين عشرين اذا كانت طائعة فان قبلها طائعة ضربا خمسين وان لم تطعه ضرب وحده خمسين ومن حبس امرأة ضرب أربعين فان طاوعته ضربت مثله ومن أتى بهيمة ضرب مائة ومن سل سيفا على وجه القتال ضرب أربعين وكان السيف فيأ وقيل يقتل ان سله على وجه الحرابة ومن سل سكينا في جماعة على وجه المزاح ضرب عشرة أسواط ثم قال ومن سل سيفا على وجه المزاح في جماعة يهددهم به فقد أحق ويضرب عشرين سوطا انتهى وانظر هل هو مخالف لما قاله في السكين أم لا وهذا الظاهر وانظر البيان فمن قال لرجل

وعليه الادب وكذلك ان قال له يا خنزير فعليه الادب على ما يراه السلطان الا أن يكون القائل ممالا يعرف بالاذى وانما هي زلة أو فلتة فلا بأس أن يقال واذا شهد على رجل انه يؤذي الناس بلسانه حبس ثلاثة أيام ويؤدب على قدر جرمه وان زاد شره أمر بالكف عن الجيران والا أكريت داره عليه عياض كان ابن يعيش صليبا في الحق من أهل التقدم في العلم والفتيا أفتى في رجل يصيب بعينه بالزامه داره قياسا على الابل الصائلة والماشية العادية انها تغرب حتى لا يتأذى الناس بها (أو أنا عفيف أو انك عفيفة) في الموازية ان قال رجل لرجل في مشاتمة اني لعفيف الفرج وما أنا بزان حد * ابن عرفة فقيد الحد في قوله ما أنا بزان بكونه في مشاتمة وقيده ابن شاس بقوله أما أنا وفي المدونة من قال لرجل ما أنا بزان حد ولم يقيدها الصقلي بشئ وفي الموطأ تقييده بالمسابة وقال ابن الماجشون من قال لامرأته في مشاتمة اني لعفيف حد ولو قاله لرجل حد الا أن يدعي انه أراد عفيفا في المكسب والمطعم فيحلف ولا يحد وينكل ومن قال في مشاتمة انك لعفيف الفرج حد وروى ابن وهب من قال لرجل يا ابن العفيفة حلف ما أراد قذفا وعوقب * أصبغ ان كان على وجه المشاتمة حد (أو يا فاسق أو يا فاجر) من المدونة من قال لرجل

يا كلب فى رسم الاشربة من سماع أشهب من كتاب القـذف وفيه بيان ذى الهيئة وفى الرسم الذى بعـده مسئلة قوله كذبت وأثمت وذكر ذلك فى النوادر فى كتاب القـذف وابن فرحون فى الفصل الحادى والعشرين من القسم الثالث والله أعلم وانظر شتم المؤدب والقاضى والشيخ فى كتاب الاجارة لابن عرفـة والـبرزلى فى الـكلام على تقسـيم الاولاد ص ❊ وان قالت بك جوابا لزنيت حـدت للزنا والقـذف ❊ ش قال فى المدونة ومن قال لامرأة يازانيـة فقالت بك حدت للزنا والقذف الا ان ترجع عن الزنا فتحد للقذف فقط ولا يحد الرجل لانها صدقته انتهى قال أبو الحسن معناه ان المرأة أجنبية وقد ذكر ابن رشد المسئلة فى سماع عيسى فى رسم حلف من كتاب القذف وحرر القول فيها وان قول ابن القاسم انه من الأجنبية اقرار بالزنا فتحد له الا ان ترجع وقذف للرجل فتحد له ولا يقبل قولها انها لم تقصد القذف وانما قصدت المجاوبة خلافا لأشهب وأما الزوجة فلا يكون اقرارا منها بالزنا ولا قذفا للزوج لاحتمال أن تريد بذلك اصابة النـكاح وذكر فى كل منهما خلافا قال وقول ابن القاسم أظهر والله أعلم ونسب الشارح فى الـكبير مسـئلة الزوجة للمدونة وليست فيها ولعل فى نسخته لامرأته بزيادة الهاء وليس كذلك فى النسخ الصحيحة وهو الذى يفهم من كلام أبى الحسن وعلى ما فى نسخته مشى فى شامله فجعل الأصح ان الزوجـة كغيرها وليس كذلك (فرع) قال فى المدونة ومن قال عند الامام أو عنـد غيره زنيت بفلانة فان أقام على قوله حـد للزنا والقذف وان رجع عن ذلك حد للقذف وسقط عنه حد الزنا وسيأتى عند قول المصنف والعفو قبـل الامام فى حد الامام له للقذف هل هو اذا طلبه المقذوف أو ولو لم يطلبه (مسـئلة) قال القرطبى فى سورة النور قال ابن القصار اذا قالت امرأة لزوجها أو لأجنبى يازانيـة بالهاء وكذلك الأجنبى للاجنبى فلست أعرف فيه نصا لأصحابنا ولـكنه عندى يكون قذفا وعلى قائله الحد وقد زاد حرفا وبه قال الشافعى ومحمـد بن الحسن وقال أبو حنيفـة وأبو يوسف لا يكون قذفا واتفقوا على انه اذا قال لامرأة يازان انه قذف والدليل على انه يكون فى الرجل هو ان الخطاب اذا فهم منه معناه ثبت حكمه سواء كان بلفظ أعجمى أو عربى ألا ترى انه لو قال لامرأة زنيت بفتح التاء كان قذفا لان معناه يفهم منه ولأبى حنيفة وأبى يوسف انه لما جاز أن يخاطب المؤنث بخطاب المذكر كقوله تعالى وقال نسوة صلح أن يكون قوله يازان للمؤنث قذفا ولما لم يجز أن يؤنث فعل المذكر اذا تقدم عليه لم يكن خطابه بالمؤنث حكم والله أعلم انتهى وهى المسـئلة الثامنة عشر من تفسـير والذين يرمون المحصنات ص ❊ وله حد أبيه وفسق ❊ ش هذا القول عزاه ابن رشد فى رسم صلى نهارا من سماع ابن القاسم من الأقضيـة لرواية أصبغ عن ابن القاسم فى الشهادات ونصـه وقد روى أصبغ عن ابن القاسم فى الشهادات انه يقضى له أن يحلفه وأن يحده ويكون عاقا بذلك ولا يعذر بجهل وهو بعيد لان العقوق من الـكبائر ولا ينبغى أن يمكن أحـد من ذلك وقال قبل هذا الـكلام قال مطرف وابن المـاجشون وابن عبد الحكم وسحنون انه لا يقضى له بتحليفـه أيضا ولا يمكن من ذلك ولا من أن يحده فى حد يقع له عليـه لانه من العقوق وهو مذهب مالك فى المدونة فى اليمين فى كتاب الديات وفى الحـد فى كتاب القذف وهو أظهر الأقوال وقال فى هذا الرسم ان مالـكا كره لمن بينه وبين أبيه خصومة أن يحلفه فقال ابن رشد هـذا يدل من قوله على ان له أن يكون له عاقا بتحليفه اذ لا مأثم فى فعل المكروه وانما يستحب تركه وهو قول ابن الماجشون فى اليمانية وظاهر قول أصبغ فى المبسوط انتهى فتحصـل فى المسئلة ثلاثة أقوال وقد ذكر الشيخ فى باب التفليس انه ليس له أن يحلف أباه الا المنقلبـة والمتعلقة

يافاسق أو يافاجر فعليـه فى ذلك النـكال (وان قالت بك جـوابا لزنيت حدت للزنا والقـذف) اللخـمى من قال لامرأة يازانية فقالت بك زنيت فقال مالك تحـد للرجل للقذف وللزنا ولا يحـدها لانها صدقته (وله حد أبيه وفسق) من المدونة من قذف ولده أو ولد ابنته فقد استثقل مالك أن يحد لولده ❊ ابن القاسم ان قام بحقه حد له زاد فى الموازية ولا تقبـل شهادة الولد

(والقيام به) ابن رشد لا خلاف ان القذف حق للمقذوف واختلف هل يتعلق به حق لله ثالث الأقوال انه حق للمقذوف مالم يبلغ الامام فاذا بلغه صار حقا لله ولم يجز لصاحبه العفو عنه الا أن يريد سترا وهو أحد قولى مالك (وان علمه من نفسه) من المدونة ان علم المقذوف من نفسه انه كان قد زنا بحلال له أن يحد من قال له انك قد زنيت (كوارثه) اللخمى ان مات المقذوف وقد عفا فلا قيام لوارثه وان أوصى بالقيام به لوارثه لم يكن لوارثه عفو فان لم يعف فالحق لورثة العاصب (وان قذف بعد الموت من ولد وولده) من المدونة من قذف ميتا فلولده وان سفل وأبيه وان علا القيام بذلك ومن قام منهم اخذه بحده وان كان ثم من هو أقرب منه لانه عيب وليس للاخوة وسائر العصبة مع هؤلاء قيام فان لم يكن مع هؤلاء واحد فللعصبة القيام (ولكل القيام به وان حصل هذا الاقرب) تقدم نص المدونة لولده القيام وان سفل ولأبيه وان علا ومن قام منهم أخذه وان كان ثم من هو أقرب منه (والعفو قبل الامام أو بعده ان أراد سترا) تقدم قول مالك ان القذف اذا بلغ الامام لم يجز عفو الا أن يريد سترا (وان قذف فى الحد ابتدئ لهما) تقدم نص المدونة عند قوله الا بعده (الأن يبقى يسيرا فيكمل الاول) فى الموازية ان جلد للأول شيأ ثم قذف آخر استؤنف الحد وان بقى مثل عشرة أسواط أو خمسة عشر فليتم الحد ثم يؤتنف الحد الثانى * ابن شاس الجناية الخامسة السرقة والنظر فى ثلاثة أطراف الاول فى الموجب وهو السرقة ولها ثلاثة أركان المسروق ونفس السرقة وهى الاخراج الركن الثالث السارق الطرف الثانى فى العقوبة والغرم الطرف الثالث فى حكم هذه العقوبة ﴿باب﴾ (تقطع اليمنى وتحسم بالنار) ابن الحاجب تقطع اليمنى من الكوع وتحسم بالنار قال مالك تقطع يد السارق ثم يحسم موضع القطع بالنار وكذا فى الرجل وفى اليد من مفصل الكوع وفى الرجل من مفصل الكعبين * ابن اللب

بها حق لغيره فمشى هناك على مذهب المدونة ومشى هنا على القول الضعيف وقد استثنى ابن رشد أيضا المنقلبة والمتعلقة بها حق للغير واخراجها من الخلاف والله أعلم ص ﴿والقيام به وان علمه من نفسه﴾ ش يعنى ان الانسان يجوز له أن يقوم بالقذف على من قذفه وان علم من نفسه ان ماقذفه به صحيح وانه فعله صونا لعرضه وسترا على نفسه قال فى المدوّنة فى كتاب القذف وان علم المقذوف من نفسه انه قد زنى فحلال له أن يحده انتهى (فرع) قال فى المدوّنة قبل الكلام السابق ومن قذف رجلا بالزنا فعليه الحد وليس له أن يحلف المقذوف انه ليس بزان انتهى وخالف فى ذلك الشافعية وقالوا له أن يحلفه فان نكل سقط الحد عن القاذف ولم يلزم المقذوف شئ ووافقونا على أنه لا تلزمه اليمين اذا ادعى عليه بالزنا والله أعلم ص ﴿كوارثه﴾ ش (فرع) لو لم يعلم المقذوف بقاذفه حتى مات قام بذلك وارثه الا أن يمضى من الزمان مايرى انه تارك فلا قيام للوارث فيه قاله فى كتاب الرجم من المدوّنة ص ﴿والعفو قبل الامام﴾ ش وهذا بخلاف التعازير فانه يجوز فيها الشفاعة والعفو وان بلغ الامام كما تقدم فى كلام صاحب الاكمال والله أعلم (فروع * الاوّل) لا خلاف فى جواز عفو الابن عن أبيه بعد بلوغ الامام وكذلك عن جده لأبيه انظر اللخمى والتوضيح (الثانى) قال فى كتاب الرجم من المدوّنة ومن عفا عن قاذفه لم يكن لغيره أن يقوم بحده وان رفع القاذف الى الامام أجنبى غير المقذوف لم يمكن من ذلك ولا يحد به لان هذا لا يقوم به عند الامام الا صاحبه انتهى وقال فى كتاب القذف ولا يقوم بالحد الا المقذوف وان شهد قوم على رجل انه قذف فلانا وفلان يكذبهم ويقول ماقذفنى لم تجز شهادتهم الا أن يكون المقذوف هو الذى أتى بهم وادعى ذلك ثم أكذبهم بعد ان شهدوا عند السلطان وقال ماقذفنى فانه حد وجب لا يزيله هذا بمنزلة عفوه عنه ويضرب القاذف الحد انتهى ثم قال فى المدوّنة وان قالت البينة بعد ماوجب الحد ماشهدنا الا بزور درأ الحد انتهى (الثالث) ان قذف رجل رجلا غائبا بحضرة الامام ومعه شهود قال فى كتاب القطع من المدونة أقام الامام عليه الحد فتأوله ابن المواز على أنه يقيمه بعد طلب المقذوف وتأوله ابن حبيب على أنه يقيمه فى غيبته انظر المقدمات وابن عرفة وأبا الحسن الصغير فى كتاب القذف فى مسئلة سماع الامام القذف قال وتأويل ابن المواز أحسن والله أعلم (الرابع) قال فى المدونة ومن صالح من قذف على شقص أومال لم يجز ورد ولا شفعة فيه بلغ الامام أم لا انظر أبا الحسن وجعله من باب الاخذ على العرض مالا

ص ﴿باب﴾

﴿تقطع اليمنى وتحسم بالنار﴾ ش هذا يسمى باب السرقة قال فى التوضيح والسرقة أخذ

كان الشيخ يقول على من قطعت يده بحق مداواتها بخلاف من قطعت يده ظلما هو فى سعة من ترك التداوى (الا الشلل أونقص آكثرالأصابع فرجله اليسرى ومحا ليده اليسرى) من المدونة ان سرق ولا يمين له وله يمين شلاء قطعت رجله اليسرى قاله مالك ثم عرضتها عليه فمحاها وقال تقطع يده اليسرى وقوله فى الرجل اليسرى أحب الىّ و به أقول ومن المدونة من سرق وقد ذهب من يمناه أصبع قطعت وان لم يبق منها الا أصبع أو أصبعان قطت يده اليسرى (ثم يده ثم رجله)من المدونة من سرق مرة بعد مرة قطعت يده اليمنى ثم ان سرق قطعت رجله اليسرى ثم يده اليسرى ثم رجله اليمنى (ثم عزر وحبس)من المدونة من سرق ولا يدين له ولا رجلين لم يقطع منه شئ لكن يضرب و يحبس و يضمن السرقة ان كان معدما (وان تعمد امام أوغيره يسراه أولا فالقود والحد باق وان خطأ أجزأ فرجله اليمنى) ابن الحاجب لو قطع الجلاد أوالامام اليسرى عمدا فله القصاص والحد باق وخطأ فيجزى ء فان عاد قطعت رجله اليمنى عند ابن القاسم (بسرقة طفل من حرز مثله) ابن شاس الركن الاول المسروق ثم قال وهو مال وغير مال فاما غير المال فهو الحر الصغير وأما المال فشرطه أن يكون نصابا مملوكا لغير السارق ملكا محترما تاما محترزا الاشبهة فيه فهذه ستة شروط الاول النصاب ربع دينار أوثلاثة دراهم من المدونة من سرق صبيا حرا أوعبدا من حرزه قطع وان سرق عبدا كبيرا فصيحا لم يقطع وان كان أعجميا قطع وروى ابن وهب

حرز الصبي أن يكون فى دار أهله * محمد وكذلك اذا كان معه من يخدمه و يحفظه (أو ربع دينار أوثلاثة دراهم) ابن رشد فى حد النصاب عشرة أقوال أصحها قول مالك انه لا تقطع يد من سرق أقل من ربع دينار من الذهب وان كان ذلك أكثر من ثلاثة دراهم ولا من سرق أقل من ثلاثة دراهم كيلا وان كان ذلك أكثر من ربع دينار (خالصة) ابن رشد وسواء كان الذهب والفضة طيبين أو دنيين الا أن يكونا مغشوشين بالنحاس فلا يقطع فى النصاب منهما الا أن يكون النحاس الذى فيهما تافها يسيرا الاقدر له (أومساويها) من المدونة انما تقوم الأشياء كلها بالدراهم فمن سرق عرضا قيمته ثلاثة دراهم قطعه وان لم يساو من الذهب ربع دينار ولو ساوى ربع دينار ولم يساو ثلاثة دراهم لم يقطع وصرف الدينار فى حد القطع والدية اثنا عشر درهما ارتفع الصرف أوانخفض (بالبلد) ابن رشد لا تقوم السرقة الا بالدراهم كان البلد يجرى فيه الدنانير والدراهم أولا يجرى فيه أحدهما وانما يتعامل الناس فيه بالعروض وما حكاه عبد الحق ان من سرق عرضا فى بلد لا يتعامل الناس فيه الا بالعروض فانه يقوم فى أقرب البلدان اليه التى يتعامل فيها بالدراهم نخطأ صراح لا يصح (شرعا) ابن عرفة المعتبر فى المقوم منفعته المباحة فى الموازية من سرق حماما عرف بالسبق أوطائرا عرف بالاجابة اذا دعى فأحب الى أن لا يراعى الا قيمته على أنه ليس فيه ذلك لان ذلك من اللعب والباطل * ابن عرفة والاظهر فى الطيور المتخذة لسماع أصواتها لغو حسن أصوات فى تقويمها انتهى انظر هل هذا فرع جواز سجنها لذلك وكان سيدى ابن سراج رحمه الله يتوقف فى ذلك ومن نوازل البرزلى فى خصاء الغنم للسمن والبقر للحرث جائز كما لم يمنع الأطفال من اللعب بالحيوان وقال صلى الله عليه وسلم يا أبا عمير ما فعل النغير وكره خصاء الخيل وحرم خصاء الآدمى (وان كماء) فى الموازية يقطع فى كل شئ حتى الماء اذا أخذ لوضوء أوشرب أوغيره

المال خفية من غير أن يؤتمن عليه ولا خفاء فى انه غير جامع لخروج سرقة غير المال وقال ابن عرفة السرقة أخذ مكلف حرا لا يعقل لصغره أومالا محترما لغيره نصابا أخرجه من حرز بقصد واحد خفية لا شبهة له فيه فيخرج أخذ غير الاسير مال حربى وما اجتمع بتعدد اخراج وقصد والاب مال ولده والمضطر فى المجاعة انتهى وقوله وتحسم بالنار انظر هل الحسم بالنار واجب على الامام أوالمقطوعة يده والظاهر انه يجب عليهما وقد صرح الأبى عن ابن عرفة انه يجب على المقطوعة يده بحق المداواة ونصه فى شرح مسلم فى شرح حديث من قتل نفسه من كتاب الايمان قال ابن عرفة من قطعت يده بحق لا يجوز له ترك المداواة وان تركها حتى مات فهو من معنى قتل النفس بخلاف من قطعت يده ظلما فله ترك المداواة حتى يموت واثمه على قاطعه انتهى وانظر لو ترك الامام الحسم حيث يجب عليه والظاهر انه آثم ان تعمد والله أعلم ص * الا الشلل * ش ظاهره ولو كان ينتفع بها وهو كذلك لابن وهب كما نقله فى التوضيح لكن ينبغى أن يقيد ذلك بان يكون شللا بينا وأما لو كان شللا خفيفا فانه لا يمنع القطع قال ابن عرفة الباجى ان كانت يمناه شلاء ففى الموازية ان كان الشلل بينا لا يقتص منه لم يقطع اللخمى قال ابن وهب فى مختصر ما ليس فى المختصر تقطع ان كان ينتفع بها انتهى (تنبيه) انظر قول اللخمى ولو كان أعسر قطعت يده اليسرى مع وجود اليمنى لانها التى

(أوجارح لتعلمه أوجلده بعد ذبحه) من المدونة من سرق شيأ من سباع الطير باز أو غيره قطع وكذلك غير سباعه لان الجميع يؤكل وأما سباع الوحش التى لاتؤكل لحومها فان كان فى قيمة جلودها اذا ذكيت دون ان تدبغ ثلاثة دراهم قطع قال محمد اذا سرق من سباع الطير المعلمة فلينظر الى قيمتها على ما فيها من ذلك وقال أشهب انه يقوم ذلك كله بغير ما فيه من ذلك كان بازا معلما أو غيره وهو نحو قول مالك فى اداء المحرم اياه اذا قتله قال فى الموازية ومن سرق كلبا صائدا أو غير صائد لم يقطع لان النبى صلى الله عليه وسلم حرم ثمنه انتهى نقل ابن يونس اللخمى ان كان القصد من الحمام ليأتى بالأخبار لا اللعب قوم على ما علم فيه من الموضع الذى يبلغه ويبلغ المكاتبة اليه ابن عرفة هذا دليل تعليل محمد ان كان بازا أو طيرا معلما يقوم على ما هو عليه من التعليم لانه ليس من الباطل (أوجلد ميتة ان زاد دبغه نصابا) الباجى لاقطع فى جلد ميتة لم يدبغ وأما المدبوغ فقيل ان كان قيمة ما فيه من الصنعة ثلاثة دراهم قطع ابن عرفة هذا هو قول المدونة (ان ظنها فلوسا أو الثوب فارغا) ابن الحاجب ان سرق دنانير ظنها فلوسا أو ثوبا دون النصاب فيه دراهم قطع بخلاف خشبة أو حجر فيه ذلك وفى مختصر الوقار قال مالك أما الثوب وشبهه مما يعلم ان ذلك يدفع فى مثله فانه يقطع ولو سرق شيأ لا يدفع ذلك فيه كالحجر والخشبة لم يقطع الا فى قيمة ذلك دون ما رفع فيه من ذهب أو فضة (أو شركه صبى لا أب) من المدونة ان سرق رجل مع صبى أو مجنون ما قيمته ثلاثة دراهم قطع وان سرق مع أبى الولد من مال الولد ما قيمته ثلاثة دراهم لم يقطع واحد منهما (ولا طير لاجابته) تقدم النص بهذا عند قوله شرعا (ولا ان تكمل بمرار فى ليلة) انظر هذا الاطلاق سمع أشهب فى السارق يجد القمح فى البيت فينقل منه قليلا لا يقطع فيه ويجتمع منه ما يجب فيه القطع يقطع ابن رشد لانه لما رأى جميعه قصد أخذ جميعه بقصد واحد وليس بخلاف لسماع أبى زيد ابن القاسم ان دخل السارق البيت فى ليلة واحدة عشرين مرة يخرج فى كل مرة ما لا قطع فيه وفى جميعه ما يجب فيه القطع لا يقطع ابن عرفة فالخلاف فى هذا خلاف فى حال (أو اشتركا فى حمل ان استقل كل ولم ينبه نصاب) اللخمى ان خرج (٣٠٧) جميعهم لسرقة حملوها لا يستطاع اخراجها الا بجماعتهم قطعوا ببلوغها ربع دينار فقط وان كانت خفيفة خرج بها جميعهم مع القدرة على أن يخرج بها أحدهم فقال مالك وابن القاسم لا يقطعون ان كانت قيمتها ثلاثة دراهم فقط انظر رابعه ترجمة من كتاب السرقة من ابن يونس (لا ان قال سرقت ملك غير ولو كذبه ربه) من المدونة من أقر انه سرق من فلان شيأ وكذبه فلان فانه يقطع باقراره ويبقى المتاع له الا أن يدعيه ربه فيأخذه (أو أخذ ليلا وادعى الارسال وصدق ان أشبه) من المدونة قال مالك من سرق متاعا لرجل وقال ان رب المتاع أرسلنى فليقطع وان صدقه ربه أنه بعثه كان معه فى بلد أو لم يكن وان أخذ فى جوف الليل ومعه متاع فقال فلان أرسلنى الى منزله فأخذت له منه هذا المتاع فان عرف منه انقطاع اليه وأشبه ما قال لم يقطع والا قطع ولم يصدق (لا ملكه من مرتهن ومستأجر كملكه قبل خروجه) ابن شاس الشرط الثانى أن يكون مملوكا لغير السارق فلو سرق ملك نفسه من المرتهن أو المستأجر فلا قطع ولو طرأ الملك بارث قبل الخروج من الحرز فلا قطع وبعده لا يؤثر ابن عرفة هذا نص الغزالى ومقتضى مسائل المذهب تدل على صحته (محترم لا خمر وطنبور الا أن يساوى بعد كسره نصابا) ابن شاس الشرط الثالث يعنى من شروط المسروق أن يكون محترما فلا قطع على سارق الخمر والخنزير ولا على سارق الطنبور من الملاهى والمزامير والعود وشبهه من آلات اللهو الا أن يكون فى قيمة ما يبقى منها بعد افساد صورتها واذهاب المنفعة المقصودة بها ربع دينار فأكثر وروى محمد لا قطع فى خمر ولو سرقه لذمى الا انه يغرم له مع وجيع الادب واختلف قول ابن القاسم فى الدف والكبر (ولا كلب مطلقا) تقدم النص بهذا عند قوله أوجارح (أو جارح أو أضحية بعد ذبحها) أصبغ ان سرق أضحية قبل ذبحها قطع وان سرقها بعد الذبح لم يقطع لانها لا تباع فى فلس ولا تورث انما تورث لتؤكل (بخلاف لحمها من فقير) ابن الحاجب فى الاضحية بعد الذبح قولان بخلاف لحمها ممن تصدق به عليه لان المتصدق عليه قد ملكها وانظر هذا فهو فرع جواز بيع المسكين له وهو مختار اللخمى وابن رشد لا كله صلى الله عليه وسلم هدية بريرة خلافا لقول مالك الذى لم ينقل * ابن يونس خلافه انظر المنتقى فى نقله عن أشهب وتوجيهه (تام الملك لا شبهة له فيه وان من بيت المال أو الغنيمة) ابن شاس الشرط الرابع يعنى من شروط المسروق ان يكون الملك تاما قويا فلو كان للسارق فيه شركة ولم يحجب عنه بل يده جائلة مع شريكه فلا قطع وأما ما حجب عنه فسرق منه ما زاد

سرقت فانه غريب ولم أقف عليه لغيره ونقله ابن غازى ولم يتعقبه ابن عرفة ولا المصنف فى التوضيح ص ﴿أوجارح لتعليمه﴾ ش يريد غير الكلب لان الكلب لا يقطع سارقه ولو كان مأذونا فى اتخاذه كما سيصرح بذلك المصنف ص ﴿لا ان تكمل بمرار فى ليلة﴾ ش هذا قول ابن

على نصيبه من المسروق نصابا كاملا فعليه القطع أما مال بيت المال والمغانم بعد حيازتها فيقطع سارقها وان لم يزد ما أخذ عن النصاب اذلا بال لما يستحقه من ذلك انتهى أنظر لو كانت سرية من ثلاثة نفر ونحو ذلك (أو مال شركة ان حجب عنه وسرق فوق حقه نصابا) من المدونة ان سرق الشريك من متاع الشركة ماقد أغلقا عليه لم يقطع وان كان بعد أن أودعاه رجلا قطع ان كان فيما سرق من حظ شريكه ماقيمته ربع دينار فضلا عن حصته (الا الجد ولو لام) اللخمي لاقطع على أحد الابوين في سرقته من مال ولده بخلاف العكس على المعروف من المذهب من المدونة وكذلك الاجداد من قبل الام والأب أحب الى أن لا يقطعوا لأنهم آباء وان سرق الابن من مال أبيه قطع (ولا من جاحد) من المدونة ان سرق متاعا كان قد أودعه رجلا فجحده اياه فان أقام بينة انه قد استودعه هذا المتاع نفسه لم يقطع (أو مماطل لحقه) ابن شاس لاقطع على مستحق الدين اذا سرق من غريمه المماطل جنس حقه وقال أبو عمر في كافيه مانصه روى ابن القاسم القطع على من سرق من مال غريمه مثل دينه وخالفه أكثر الفقهاء من أصحاب مالك وغيرهم بتجويزهم لذي الحق أخذ ماله من غريمه كيف ما أمكنه وقد روى ذلك زياد وابن وهب عن مالك (مخرج من حرز بان لا يعد الواضع فيه مضيعا) ابن شاس الشرط السادس يعني من شروط المسروق أن يكون محرزا معناه أن يكون في مكان هو حرز لمثله في العادة والعرف وذلك يختلف باختلاف عادات الناس في احراز أموالهم وهو في الحقيقة كل ما لا يعد صاحب المال في العادة مضيعا لماله بوضعه فيه (وان لم يخرج هو) من المدونة لو أخذ في الحرز بعد أن ألقى المتاع خارجا منه فقد شك فيه مالك بعد أن قال لي يقطع وأنا أرى أن يقطع (أو ابتلع درة) ابن شاس لو ابتلع درة وخرج قطع ابن عرفة هذا مقتضى المدونة ولا أعرفه نصا الا للغزالي (أو ادهن بما يحصل منه نصاب) من المدونة واذا دخل السارق الحرز فأكل الطعام فيه ثم خرج لم يقطع وضمنه وان دهن رأسه ولحيته في الحرز بدهن ثم خرج فان كان ما في رأسه من الدهن لو سلت بلغ ربع دينار قطع والا لم يقطع (أو أشار الى شاة بالعلف فخرجت) سمع أشهب من أشار الى شاة في حرز لم يدخله

بالعلف فخرجت لاقطع عليه وقال أشهب وابن القاسم يقطع ابن رشد القطع هو الاظهر (أو اللحد) قال بعد هذا أو قبر فانظر أنت هذا (أو الخباء أو بما فيه) من المدونة اذا وضع المسافر متاعه في خبائه أو خارجا منه وذهب لحاجة فسرقه رجل أو سرق لمسافر فسطاطا مضروبا بالأرض قطع (أو في حانوت) من المدونة يقطع من سرق من الحوانيت والمنازل والبيوت (أو فنائها) من المدونة يقطع من سرق ماوضع في أفنية الحوانيت وقد تقدم انه يقطع من أخذ من خارج الخباء (أو محمل أو ظهر دابة وان غيب عنهن) من المدونة والدور حرز لما فيها غاب أهلها أو حضروا ويقطع من سرق ماوضع في أفنية الحوانيت اللخمي يريد اذا كان معه صاحبه واختلف ان غاب عنه ومن المدونة من سرق من محمل شيأ أو أخذ من أعلا البعير غرائر أو شقها فأخذ منها متاعا أو أخذ ثوبا من على ظهر البعير مستترا قطع وسمع أشهب من سرق من المحمل وليس صاحبه فيه فعليه القطع (أو بجرين) من المدونة ان جمع الجرين الحب والتمر وغاب ربه وليس عليه باب ولا حائط ولا غلق قطع من سرق منه (أو ساحة دار لأجنبي ان حجر عليه) ابن يونس الدار المشتركة المأذون فيها الساكنها من سرق من السكان من بيت محجور عنه فانه اذا أخرج المتاع من البيت الى الساحة قطع لانه صيره الى غير حرزه وان سرق من الساحة لم يقطع وان خرج به من جميع الدار لأنه موضع مأذون له فيه وأما ان كان السارق غير الساكن فانه لا يقطع حتى يخرجه من جميع الدار سواء سرق المتاع من البيت أو من الساحة وقاله سحنون وقال ابن المواز عن مالك في هذا انه يقطع اذا أخرجه من البيت الى الساحة وان سرق من الساحة لم يقطع حتى يخرج به من الجميع (كالسفينة) ابن رشد حكم السرقة من السفينة بين أهلها كحكم السرقة من صحن الدار المشتركة (أو خان الاثقال) من المدونة قال ابن القاسم الدار المشتركة المأذون فيها اذا سرق الرجل منها دواب من مرابطها قطع قال ابن المواز وان أخذ في الدار اذا جاوز منها مرابطها وكذلك الاعكام من الثياب والاعدال أو الشيء الثقيل قد جعل ذلك موضعه فهو كالدابة على مذودها في الدار المشتركة انه يقطع اذا برز به من موضعه قال وأما المتاع يكون في قاعتها مما جعل ليدفع لا على أن يكون ذلك موضعه فهذا انما يقطع اذا أخرجه من جميع الدار الا أن يكون يؤذن فيها لكل واحد كالقياصير فلا يقطع في هذا المتاع (أو زوج بما حجر عليه) وللخمي ان سرق أحد الزوجين من مال الآخر من موضع محجور بائن عن مسكنهما قطع وان كان معهما في بيت واحد فسرق من تابوت مغلق أو بيت محجور معهما في الدار أو

القاسم في سماع أبي زيد في السارق يدخل البيت في ليلة عشر مرات يخرج في كل مرة بقيمة درهم أو درهمين انه لاقطع عليه حتى يخرج في مرة واحدة بقيمة ثلاثة دراهم خلافا لسحنون فانه قال

الدار غير مشتركة فقال ابن القاسم يقطع وفي الموازية لا يقطع وعدم القطع أحسن ان كان القصد بالغلق والتحفظ من أجنبي يطرقها وان كان لتحفظ كل منهما من الآخر قطع (أو موقف دابة لبيع) في الموازية في الشاة توقف في السوق للبيع من سرقها قطع وان لم تكن مربوطة (أو غيرها) من المدونة لو كان للدواب مرابط معروفة في السكة فمن سرقها من مرابطها قطع لان ذلك حرزها (أو قبر) ابن أبي زيد القبر حرز لما فيه كالبيت قال في المدونة من سرق كفنا من القبر قطع (أو بحر لمن رمي به) ابن شاس لو مات في البحر فكفن وطرح في البحر قطع من أخذ كفنه سواء شد في خشبة أم لا ابن عرفة لانه قبره (لكفن) قال بهرام هذا راجع للمسئلتين (أو سفينة بمرساة) ابن المواز قال ابن القاسم وأشهب ان كانت السفينة في المرسى على أوتادها أو بين السفن أو بموضع لها حرز فعلى سارقها القطع وان لم يكن معها أحد وان كانت مخلاة أو فلتت ولا أحد معها فلا قطع فيها الا أن يكون معها أحد واذا كان فيها مسافرون فارسوها في مرسى وربطوها ونزلوا كلهم وتركوها فقال ابن القاسم يقطع من سرقها (أو كل شيأ بحضرة صاحبه) ابن الحاجب كل شيء له مكان معروف فمكانه حرز وكل شيء مع صاحبه أو بين يديه فهو محرز وفي الموازية من سرق رداءه من المسجد وهو نائم قريب منه قطع سارقه ان كان منتبها وكالنعلين بين يديه وحيث يكونان من المنتبه (أو مطمر قرب) سمع ابن القاسم من سرق من مطامير في الفلاة أسلمها ربها وأخفاها فلا قطع عليه وما كان بحضرة أهله معروفا مبينا قطع سارقه ابن رشد لأن الأول لم يحرز طعامه بحال ابن عرفة فقول ابن شاس وابن الحاجب خلاف المنصوص (أو قطار) من المدونة من احتمل بعيرا من القطار في سيره وبان به قطع ابن يونس وروى محمد ان سيقت الابل غير مقطورة فمن سرق منها قطع والمقطورة أبين (ونحوه) قال ابن القاسم الدار المشتركة المأذون فيها اذا سرق رجل منها دواب من مرابطها قطع وكذلك لو كان لها مرابط معروفة في السكة فسرقها رجل من ذلك الموضع قطع لأن ذلك حرزها (أو أزال باب المسجد أو سقفه) سمع عيسى من سرق أبواب المسجد قطع ابن رشد وكذا من سرق شيأ مما هو مثبت به كجائزة من جوائزه محمد أو خشبة من سقفه (أو أخرج قناديله) ابن عرفة في القطع في قناديل المسجد ثالثها ان كان مسجدا يغلق عليه (أو حصره) ابن عرفة في القطع في حصر المسجد ثالثها ان كان تسور عليها ليلا ورابعها ان خيط بعضها ببعض وخامسها ان كان عليها غلق (أو بسطه ان تركت به) ابن الماجشون الطنفسة يبسطها الرجل في المسجد لجلوسه ان جعلها كحصير من حصره فسارقها كسارق الحصير وأما طنفسة يذهب بها ربها وترفع فان نسيها في المسجد فلا قطع في ذلك ولو كان على المسجد غلق لان الغلق لم يكن من أجلها ولم يكلها ربها الى غلق وهو قول مالك انظر سماع عيسى في البسط (او حمام ان دخل للسرقة) ابن رشد ان كان في الحمام مع الثياب من يحرسها فلا قطع على من سرقها حتى يخرج بها من الحمام اذا كان السارق قد دخل للتحمم

يقطع اذا اجتمع مما خرج به ما يجب فيه القطع اذا كان ذلك في فور واحد قال ابن رشد فلم يصدقه سحنون في أنها سرقات مفترقات اذا كانت في فور واحد وصدقه ابن القاسم وقوله أولى لان الحدود تدرأ بالشبهات قال وهذا فيما يحتمل أن يكون عاد فيه لسرقة أخرى وأما مثل القمح وشبهه من المتاع الذي يجده مجتمعا ولا يقدر أن يخرجه في مرة واحدة فينقله شيأ فشيأ فهذه سرقة واحدة لانه انما خرج بنية العود فلا يصدق انها سرقة أخرى بنية كما قاله في سماع أشهب فلا ينبغي أن يختلف فيه انتهى بالمعنى (فرع) من سرق نصابا من مال مشترك بين جماعة وحصة كل واحد منهم دون النصاب فانه يقطع قال في المقدمات يجب القطع في النصاب باخراجه من الحرز سرقه واحد من واحد أو جماعة من جماعة أو جماعة من واحد أو واحد من جماعة اذا تعاونوا في اخراجه لحاجتهم الى التعاون في ذلك وأطال في ذلك الى أن قال ولا اختلاف أحفظه في سرقة الواحد ما يجب فيه القطع من الجماعة المشتركين انه يقطع انتهى (قلت) وهذا فيما يكون مشتركا وأما اذا سرق من حرزين قدر نصاب فلا قطع عليه قال في النوادر ومن كتاب ابن المواز ومن سرق من حرزين قدر ربع دينار قال عبد الملك لا يقطع حتى يسرق من حرز واحد وان كان ذلك لرجلين انتهى ثم قال وروى عن مالك في غرائر بالسوق مجتمعة للبيع فسرق رجل من كل غرارة شيأ حتى اجتمع له ما يقطع فيه في مثله أنه لا يقطع حتى يسرق من كل غرارة ما يجب فيه القطع لان كل غرارة حرز لما فيها وشاور الأمير فيها من حضر من العلماء فأفتوا أن عليه القطع وأفتى مالك بما ذكرنا فرجعوا اليه وكان أول من رجع اليه ربيعة انتهى وذكر القصة في المدارك وقال هذه المسئلة مما يعرف بها فضل مالك ص ﴿أو أزال باب المسجد أو سقفه وأخرج قناديله أو حصره أو بسطه ان تركت فيه﴾ ش يعني أن من أزال باب المسجد عن موضعه

وأما من دخل للسرقة فأخذ قبل أن يخرج من الحمام فيجرى على الخلاف فى الأجنبى يسرق من بيوت الدار المشتركة بين الساكنين فيؤخذ فى الدار قبل أن يخرج (أونقب أوتسور) من المدونة من سرق متاعا من الحمام فان كان معه من يحرسه قطع والا لم يقطع الا أن يسرقه ممن لم يدخل الحمام من مدخل الناس من بابه مثل أن يتسور أو ينقب ونحو ذلك فانه يقطع وان لم يكن مع المتاع حارس (أوحارس لم يأذن له فى تقليب وصدق مدعى الخطأ أوحمل عبدا لم يميز أوخدعه) من المدونة من سرق عبدا فصيحا كبيرا لم يقطع وان كان أعجميا قطع ابن الحاجب ولو حمل عبدا غير مميز أوخدعه فأخذه قطع بخلاف المميز (أوأخرجه فى ذى الاذن العام لمحله) بهرام أى الى محل الاذن العام لانه أخرجه من حرز الى غير حرز قال وفيه نظر ابن رشد أما الدار التى أذن فيها ساكنها أومالكها اذنا عاما للناس كالعالم والطبيب يأذن للناس فى دخولهم اليه فى داره أوكالرجل يحجر على نفسه فى ناحية من داره و يترك بابها مفتوحا فدخل بغير اذن فهذه يجب القطع على من سرق من بيوتها المحجرة اذا خرج بسرقته عن جميع الدار ولا يجب القطع على من سرق من قاعة الدار ومالم يحجر من بيوتها وان خرج من الدار (لا اذن خاص كضيف مما حجر عنه ولو خرج من جميعه) ابن زرب خصال لا قطع على السارق فيها فنها سرقة الضيف والجائع فى الشدة * ابن رشد وأما الدار التى أذن فيها ساكنها أومالكها الخاص من الناس كالرجل يضيف الضيف فيدخله داره أو يبعث الرجل الى داره ليأتيه من بعض بيوتها بمتاعه وما أشبه ذلك فاختلف اذا سرق الضيف أوالرجل المبعوث من بيت مغلق قد حجر عليه دخوله على قولين وقول المدونة انه لا يقطع وان خرج بما سرق من جميع الدار لأنه خائن وليس بسارق (ولان نقله ولم يخرجه) ابن الحاجب لو نقله ولم يخرجه لم يقطع ابن حارث اتفقوا فى السارقين يكون أحدهما من داخل الحرز والآخر من خارجه فيخرج الداخل يده الى خارج الحرز بالمتاع فيتناوله الخارج انه لا قطع (٣١٠) على الخارج فلو أدخل الخارج يده الى داخل الحرز فأعطاه الداخل المتاع فقال ابن القاسم يقطع الخارج وقال أشهب يقطعان معا واتفقوا فى السارق يؤخذ فى الحرز قبل أن يخرج المتاع أنه لا قطع عليه (ولا فيما على صبى أومعه) فى الموازية من سرق قرط صبى أوشيأ مما عليه فان كان صغيرا لا يعقل ولا حافظ له ولا فى حرز لم يقطع والا قطع (ولا على داخل تناول من الخارج) تقدم ان هذا ان لم يخرج الداخل يده الى خارج الحرز (ولا ان اختلس) ابن عرفة المذهب انه لا قطع فى اختلاس (أوكابر) ابن الحاجب فلو أخذ اختلاسا أومكابرة على غير حرابة فلا يقطع (أو هرب بعد أخذه فى الحرز) سمع عيسى ابن القاسم ان دخل سارق بيت رجل فاتزر بازار فأخذ فى البيت ففر منهم والازار عليه وقد علم به أهل البيت أولم يعلموا لا قطع عليه ابن رشد لانه لم يخرج به الا اختلاسا (أوليأتى بمن يشهد عليه) فى الموازية من ترك السارق يسرق متاعه وأتى بشاهد بن له يعاينانه ولو أراد أن يمنعه منعه فلا قطع قاله مالك (وأخذ دابة بباب مسجد أوسوق) من المدونة والدابة بباب المسجد أوالسوق اذا كان معها من يمسكها قطع والا فلا (أوثوب بعضه فى الطريق) من المدونة من جر ثوبا منشورا على حائط بعضه فى الدار و بعضه خارج عنها الى الطريق لم يقطع (أوثمرا معلقا) ابن يونس قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا قطع فى ثمر معلق ولا فى حريسة جبل فاذا آواها المراح أوالجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن قال ابن القاسم فلا قطع فى ثمر فى رؤس النخل فى الحوائط ولا فى زرع أو بقل قائم حتى يأويه الجرين محمد وأما فى نخلة أوشجرة فى دار رجل فانه يقطع قال ابن القاسم واذا جمع فى الجرين الحب أوالتمر وغاب ربه وليس عليه باب ولا حائط ولا غلق قطع من سرق منه ابن يونس لعموم الحديث (الا بغلق فقولان) تقدم قول محمد ومانقل ابن يونس غيره (والا بعد حصده فثالثها ان كدس) سمع ابن القاسم سئل مالك عن القمح والقرط زرع مصر يحصد و يوضع فى موضعه الذى حصد فيه أياما لييبس فيسرق أترى على من سرق منه قطعا قال لا انما جاء الحديث اذا آواه الجرين وروى عنه أشهب انه يقطع لانه اذا ضم بعضه الى بعض صار ذلك له حرزا وليس ذلك بمنزلة الزرع القائم ولا ن مافى رؤس النخل من الثمر بمنزلة ماقد جد و وضع فى أصولها انتهى نقل ابن يونس

خفية على وجه السرقة فانه يقطع وسواء خرج بها من المسجد أم لا وكذلك اذا أزال خشبة من سقفه عن موضعها خفية على وجه السرقة فانه يقطع سواء خرج بها من المسجد أم لا وكذلك كل شئ ثابت فى المسجد و مثبت به و مسمر فيه كحصره المسترة فيه المخيط بعضها الى بعض وكذلك بلاطه المبنية وسلاسل قناديله المسمرة فيه فانه يقطع اذا أزال شيأ من ذلك عن موضعه ولا خلاف فى ذلك وأما ماليس بمثبت به ولا مسمر فيه كقناديله المعلقة فيه وحصره التى لم تسمر فيه ولم يخط بعضها الى

بعض فاختلف فيمن سرق شيأ من ذلك هل يقطع أم لا فالذى مشى عليه المصنف وهو قول مالك انه يقطع وان أخذ قبل أن يخرج به من المسجد وامابسط المسجد فانها ان كانت متروكة فيه ليلا ونهارا فهى كالحصر وأما ان كانت تحمل وترد فلا قطع فيها قال فى أول كتاب السرقة من البيان من سرق من المسجد الحرام أوغيره من المساجد شيأ مما هو متشبث به كجائزة من جوائزه أو باب من أبوابه أو ثريا من ثرياته المعلقة به المتشبثة به أوحصير قد سمر فى حائط من حيطانه أو خيط الى ماسواه من الحصر على ماروى عن سحنون فلا اختلاف فى وجوب القطع على من سرق شيأ من ذلك من موضعه وهو متشبث به وأما ماسرقه من ذلك وهو غير متشبث به كقناديل موضوعة فى ثرياتها أو حصر موضوعة فى مواضعها فقيل ان موضعها حرزلها يقطع وان أخذ قبل أن يخرج بها من المسجد وقيل انه لا قطع فى شئ من ذلك كله وان خرج به من المسجد اختلف فى ذلك قول ابن القاسم على ماياتى فى رسم نقدها من سماع عيسى انتهى ثم قال فى رسم نقدها من سماع عيسى قال ابن القاسم من سرق حصر المسجد قطع وان كان من المسجد الحرام الذى لا أبواب له وليست الأبواب بالتى تحرز ومن سرق الأبواب أيضا قطع ومن سرق القناديل فانى أرى أن يقطع سرق ذلك ليلا أو نهارا وقد قال ابن القاسم فى كتاب السلم وله بنون صغار فى الذى يسرق من حصر المسجد ان كانت سرقته نهارا لم أر عليه قطعا وان كان تسور عليها ليلا بعد ان أغلق فاخرج منها ما يكون فيه القطع قطع وقال فيه أيضا فى الذى يسرق من المسجد الحرام أومسجد لا يغلق عليه انه لا يقطع انتهى وقال فى التوضيح القول بانه يقطع فى القناديل وفى الحصر كان على المسجد غلق أم لا لمالك وسوى بين الليل والنهار قال وقاله ابن الماجشون وأصبغ ولذلك اقتصر عليه المصنف (تنبيهات * الاول) اذا قلنا يقطع اذا سرق قناديل المسجد أوحصره أو بسطه ولو لم تكن مسمرة ولا مخيطة فلا يشترط أن يخرج بذلك من المسجد كما يتبادر ذلك من لفظ المصنف أعنى قوله أو أخرج قناديله أوحصره وقد تقدم التصريح بذلك فى كلام ابن رشد وقال فى التوضيح لما اعترض على ابن الحاجب فى ان عبارته توهم أنه لا يقطع فى سقف المسجد وبابه حتى يخرج به من المسجد قال وليس كذلك والصواب لو قال وموضع الباب والسقف حرز لانه يجب القطع وان لم يخرج به من المسجد نص عليه صاحب البيان وغيره ونص عليه مالك فى الواضحة فى البلاط والحصر والقناديل انتهى وقال فى الجواهر بعد أن ذكر الخلاف فى القطع فى قناديله وحصره ويقطع فى القناديل والحصر والبلاط وان أخذ فى المسجد كان فى ليل أو نهار وحرزها مواضعها وكذلك الطنفسة يبسطها الرجل فى المسجد لجلوسه اذا كانت تترك فيه ليلا ونهارا كالحصير وقاله مالك وأما الطنافس تحمل وترد فربما نسيها صاحبها وتركها فلا يقطع فيها وان كان على المسجد غلق لان الغلق لم يجعل من أجلها وقال ابن القاسم فى العتبية فيمن سرق من بسط المسجد التى تطرح فيه فى رمضان فان كان عنده صاحبه قطع والا فلا انتهى وقوله انه لا يقطع اذا سرق البسط التى لا تترك فى المسجد ولو كان عليه غلق يريد اذا لم يسرقها بعد أن أغلق عليها وأما اذا سرقها بعد ان أغلق عليها فانه يقطع اذا أخرجها من المسجد الا على قول أشهب السابق فيحمل قول المصنف أو أخرج قناديله أوحصره على أن المراد اذا أخرجها من موضعها الا على أن المراد اذا أخرجها من المسجد وحمل البساطى كلام المصنف على ظاهره وأنه لا يقطع حتى يخرج القناديل والحصر والبسط من المسجد وهذا مخالف لما تقدم من نصوص المذهب وليس ثم قول يفرق بين سقف المسجد وحصره وقناديله اذا قلنا بوجوب القطع

(ولا ان نقب فقط) ابن شاس لو نقب وأخرج غيره وانفرد كل واحد منهما بفعله دون اتفاق بينهما فلا قطع على واحد منهما انظر ابن عرفة فانه قال ان هذا على أصل الشافعية ان النقب يبطل حقيقة الحرز وليس هذا مذهب مالك (وان التقيا وسط النقب أو ربطه فجبذه الخارج قطعا) من المدونة اذا التقت أيديهما في المناولة في وسط النقب قطعا معا ولو ربطه الداخل بحبل وجبذه الخارج قطعا (وشرطه التكليف) ابن عرفة نصوص المذهب واضحة بأن شرط قطع السارق تكليفه حين سرقته (فيقطع الحر والعبد والذمى والمعاهد وان لمثلهم) ابن الحاجب فيقطع الحر والعبد والذمي والمعاهد وان كان المسروق لاحدهم وان لم يترافعوا * ابن عرفة لان حد القطع لله وعبارة ابن شاس يجب على المعاهد يسرق مال ذمي أو مسلم انظره أنت (الا الرقيق لسيده) ابن رشد انما لم يقطع العبد في سرقته من مال سيده إذ لا يجتمع على السيد عقوبتان ذهاب ماله وقطع يد غلامه (وتثبت باقرار ان طاع) ابن عرفة تثبت السرقة بالبينة كالاقرار بها طوعا (والا فلا ولو عين السرقة أو أخرج القتيل) اللخمي فمن أقر بعد التهديد خمسة أقوال قول مالك انه لا حكم لاقراره ولا يؤخذ به قال في المدونة وان أخرج السرقة أو عين القتيل في حال التهديد لم أقطعه ولم أقتله حتى يقر بعد ذلك آمنا (وقبل رجوعه ولو بلا شبهة) أبو عمر اتفق مالك والشافعي وأبو حنيفة على قبول رجوع المقر بالزنا والسرقة وشرب الخمر اذا لم يدع المسروق ما أقر به السارق * الباجي ان رجع لغير شبهة فروى ابن وهب ومطرف انه يقال وقاله ابن القاسم وابن عبد الحكم وروى عن مالك قول آخر انظره فيه (وان ردت اليمين

في ذلك فتأمله (الثاني) ما ذكره المصنف عن صاحب البيان في سقف المسجد وبابه وانه لا يشترط أن يخرج به من المسجد هو ظاهر من كلامه السابق لانه لما صرح بذلك فيما ليس متشبثا بالمسجد ولا مسمرا فيه فالمتشبث به والمسمر فيه أحرى بذلك وكلامه في المتشبث لا يقتضى انه لا يقطع حتى يخرجه بل فيه أيضا ما يفهم منه انه يقطع بمجرد سرقته من موضعه فتأمله وانما نبهت على هذا لأن بعض الناس توقف فيما ذكره المصنف في التوضيح عن صاحب البيان وذلك مما لا ينبغي ان يتوقف فيه والله أعلم (الثالث) هذا الكلام كله انما هو فيما سرق من المسجد وأما ما سرق من بيت مغلق في المسجد كبيت للقناديل ونحوه فانه لا يقطع حتى يخرج بالشئ المسروق من البيت المغلق فيقطع حينئذ ولو أخذ في المسجد وهذا اذا لم يؤذن له في دخول ذلك البيت وأما ان أذن له في دخوله فلا قطع عليه وكذلك من سرق من على الكعبة الداخل فيها المغلق عليه بابها فانه ان كان سرق في الوقت الذى أذن له في دخولها فلا قطع عليه وان سرق في غير الوقت الذى أذن له في دخولها فانه لا قطع عليه حتى يخرج به من الكعبة الى محل الطواف قطع وان لم يخرج به من المسجد قاله في أول كتاب السرقة من البيان قال لأن حكم البيت الحرام الذى لا يدخل الا باذن فيما سرق منه حكم البيت يكون في المسجد يختزن فيه ما يحتاج اليه في المسجد من زيته وقناديله وحصره لا قطع على من دخله باذن فسرق منه ما يجب فيه القطع (الرابع) أما حلى الكعبة الذى في بابها وفي جدارها من خارج كالحلي الذى على الحجر الاسود فحكمه حكم ما كان مسمرا في المسجد قال في التوضيح نقل ابن الماجشون عن مالك القطع في حلى باب الكعبة انتهى وكذلك حكم الرصاص الذى في أرض المطاف والذى في أساطين المسجد وكذلك حكم كسوة الكعبة الظاهرة حكم ما هو مسمر في المسجد ومتشبث به وأما الكسوة الداخلة فحكمها حكم حليها المغلق عليه بابها وكذلك حكم كسوة المقام والقناديل المعلقة فيه في الموضع الذى يعلق عليه وهذا كله ظاهر ولم أره منصوصا والله أعلم (الخامس) علم من كلام الجواهر المتقدم انه لا يشترط في البسط ان تكون للمسجد موقوفة عليه وانها لو كانت ملكا لشخص ولكنها متروكة في المسجد ليلا ونهارا كان ذلك حكمها والظاهر أن الحصر كذلك وكذلك القناديل بالاضافة للمسجد في ذلك كله انما هي لكون المسجد ظرفا لها والاضافة يكتفى فيها بأدنى ملابسة فتأمله والله أعلم ص ﴿ ولا ان نقب ﴾ ش ما ذكره ابن غازى ظاهر وقد أشار في التوضيح الى بعضه ومسائل المذهب تدل على ان المساعدة في الحرز لا توجب القطع نعم قد يؤخذ ذلك من مسئلة ما اذا التقيا وسط النقب ومسئلة ما اذا ربطه الداخل وجذبه الخارج لكنه في الحقيقة عند التأمل لا يدل على ذلك فأشبه ما اذا حملا شيأ لا يقدر كل واحد على حمله فانهما يقطعان ص ﴿ الا الرقيق لسيده ﴾ ش فانه لا يقطع لأنه لا يجتمع عليه غرامتان ذهاب ملكه واتلاف عبده ولو رضى السيد بذلك لم يقطع لأنه لا يوافق على اتلاف المال الا حيث أمر الشرع به ص ﴿ وان رد اليمين ﴾ ش حيث تتوجه اليمين على المدعى عليه

فخلف الطالب أوشهد رجل وامرأتان أو واحد وحلف أوأقر العبد بالغرم فلا قطع) ابن شاس لو رد السارق اليمين فخلف الطالب ثبت الغرم دون القطع * ابن عرفة هذا واضح ومن المدونة ان شهد رجل وامرأتان على رجل بالسرقة لم يقطع وضمن قيمة ذلك ولا يمين على رب المتاع وان شهد بذلك رجل واحد حلف الطالب مع شهادته وأخذ المتاع ان كان قائما ولا يقطع السارق واذا أقر عبد أومدبر أومكاتب أوأم ولد بسرقة قطعوا اذا عينوا السرقة فأظهروها فاذا ادعى السيد انها له صدق مع يمينه وقال ابن الحاجب اقرار العبد يثبت القطع دون الغرم اه قال بهرام فقول خليل سهو (ووجب رد المال ان لم يقطع) ابن عرفة موجب السرقة قطع السارق وضمانه السرقة ان لم يقطع لازم له اتفاقا وقد تقدم ان أقطع اليدين والرجلين اذا سرق عزر وضمن السرقة وان كان معسرا مطلقا قال مالك وأصحابه لو سرق مالا يجب فيه القطع اما لقلته أولانه من غير حرز أولغير ذلك فانه يتبع بذلك في عدمه ويحاص به غرماءه واذا كان يجب فيه القطع لم يتبع في عدمه ولا يتبع الا في يسر متصل من يوم سرق الى يوم يقطع والا لم يتبع وان كان مليا بعد عدم تقدم قال مالك وهو الأمر المجمع عليه عندنا أوقطع ان أيسر (عليه من الأخذ) من المدونة انما يضمن السارق السرقة اذا سرق وهو موسر فتمادى يسره الى أن قطع * ابن عرفة وان قطع والسرقة قائمة بعينها استحقها ربها وان استهلكها فأربعة أقوال ثالثها قول المدونة ان اتصل يسره بها من السرقة الى يوم القطع * ابن العربي لمالك في هذه المسئلة مقالة عظيمة أوجب القطع في يده عقوبة وأوجب الغرم في ماله عقوبة أخرى فاذا كان معسرا لم يغرم إذ لو أوجبنا الغرم في ذمته لكنا قد جمعنا بين عقوبتين في محل واحد وذلك لا يجوز وقال ابن رشد اذا وجدت السرقة بعينها ردت لصاحبها باجماع وأما ان تلفت فذهب مالك الى انه ان كان متصل اليسر من يوم سرق الى يوم أقيم عليه الحد ضمن قيمة السرقة وان كان عديما أوأعدم في بعض المدة فلا غرم إذ لا يجتمع عليه عقوبتان اتباع ذمته وقطع يده فيه بخلاف ما اذا غصب حرة وهو معدم فانه يحد ويتبع بالمهر قاله مالك قال عبد الوهاب لان هاتين عقوبتان عن سببين (ويسقط الحد ان سقط العضو بسماوى) قال مالك ان ذهبت اليمنى بعد السرقة بأمر من الله أوبعمد أجنبي لا يقطع منه شئ لان القطع كان واجبا فيها * ابن شاس ولو سرق فسقطت يمناه بآفة لسقط الحد (لا بتوبة وعدالة وان طال زمانهما) ابن شاس لا يسقط الحد بالتوبة ولا بصلاح الحال ولا بطول الزمان ونحوه في المدونة (وتداخلت ان اتحد الموجب) من المدونة ان قطعت يد السارق كان ذلك لكل سرقة تقدمت أوقصاص وجب في تلك اليد (كقذف وشرب) من المدونة من قذف وشرب خمرا جلد حدا واحدا

بالسرقة بأن يكون متهما وفي المتوسط على القول بتوجهها عليه ص ﴿ وسقط الحد ان سقط العضو بسماوى ﴾ ش قال الشارح في الوسط * ابن شاس ولو سرق ولا يمين له سقط الحد انتهى وما ذكره عن ابن شاس ليس هو كذلك والذي في الجواهر ولو سرق فسقطت يمناه بآفة سقط الحد انتهى وأما مسئلة من لا يمين له فقال فيها ولو كان لا يمين له فسرق وقطعت يده اليسرى في الرواية الاخيرة وفي الاولى تقطع رجله اليسرى انتهى والى ذلك أشار المؤلف في أول الباب بقوله فرجله اليسرى ومحي ليده اليسرى وفي الشرح الصغير نحو ما في الوسط وأما في الشرح الكبير فذكر عبارة عن ابن شاس التي ذكرناها والله أعلم ص ﴿ وتداخلت ان اتحد الموجب كقذف وشرب والا تكررت ﴾ ش قال في المدونة ومن قذف وشرب خمرا اسكر منها أولم يسكر جلد حدا واحدا قال أبو الحسن أنظر لو جلد في أحدهما ثم علم ان الآخر قبله فذكر ابن يونس عن ابن المواز ان شرب الخمر وضرب الحد له ثم ثبت بعد ذلك انه افترى على رجل قبل شربه فان ضربه للخمر يجزئ وكذلك لو افترى على رجل فضرب له الحد ثم ثبت أنه قد شرب الخمر قبل ذلك فانه لا يضرب له ثانية وقاله أصبغ وقال هو الصواب والسنة والمجمع عليه انتهى كلام المدونة من كتاب الشرب وكلام ابن يونس الذي نقله أبو الحسن من القذف (فرع) قال في كتاب القذف من المدونة وكل حد لله أوقصاص اجتمع مع القتل فالقتل يأتي على ذلك كله الا حد القذف قال أبو الحسن ظاهره وان كان المقذوف هو المقتول وانه يحد ثم يقتل كغيره وقال أبو عمران قال وللورثة ان يقوموا بحد المقذوف فيحد ثم يقتل لا قصاص اه فعلم منه ان القتل يدخل فيه حد غير القذف ولو كان قصاصا وهذا هو الظاهر من نصوصهم وقال الشيخ زروق في شرح قول الرسالة من لزمته حدود وقتل فالقتل يجزئ عن ذلك الا في القذف فليحد قبل ان يقتل ما نصه ظاهره

(والا تكررت) من المدونة اذا اجتمع على الرجل مع حد الزنا حد قذف أو شرب خمر أقيما عليه و يجمع ذلك الامام عليه الا أن يخاف عليه فيفرق الحدين قال وكل حد أو قصاص اجتمع مع القتل فالقتل يأتى على ذلك كله الا حد القذف فانه يقام عليه قبل القتل * ابن شاس الجناية السادسة الحرابة والنظر فى ثلاثة أطراف الاول فى صفة المحاربين وحكم قتالهم الطرف الثانى فى العقوبة والغرم الطرف الثالث فى حكم هذه (٣١٤) العقوبة

﴿ باب ﴾

(المحارب قاطع الطريق) ابن شاس كل من قطع الطريق وأخاف الناس فهو محارب وكذلك من حمل عليهم السلاح بغير عداوة ولا نائرة فهو محارب (لمنع سلوك) فى الموازية من خرج لقطع السبيل لغير مال فهو محارب كقوله لا أدع هؤلاء يخرجون الى الشام أو الى غيرها (أو أخذ مال مسلم أو غيره) من المدونة وان قطعوا على المسلمين أو على أهل الذمة فهو سواء وقد قتل عثمان رضى الله عنه مسلما قتل ذميا على وجه الحرابة على مال كان معه (على وجه يتعذر معه الغوث) ابن شاس لو دخل دارا بالليل وأخذ المال بالمكابرة ومنع من الاستغاثة فهو محارب * ابن الحاجب كل ما يقصد به أخذ المال على وجه تتعذر معه الاستغاثة عادة (وان انفرد بمدينة) فى الموازية قد يكون الواحد محاربا (كسقى السيكران لذلك) من المدونة ساقى السكيران محارب * عياض ظاهر المدونة انما يكون محاربا اذا كان ما سقاه يموت به انظر ابن عرفة (ومخادع الصبى أو غيره ليأخذ ما معه) ابن شاس قتل الغيلة أيضا من الحرابة وهو أن يغتال رجلا أو صبيا فيخدعه حتى يدخله موضعا فيأخذ ما معه فهو كالحرابة (والداخل فى ليل أو نهار فى زقاق أو دار ليأخذ المال) ابن الحاجب السارق بالليل أو بالنهار فى دار أو زقاق مكابرة يمنع الاستغاثة محارب (فيقاتل بعد المناشدة ان أمكن) ابن عرفة فى دعوى اللص الى التقوى قبل قتاله ان أمكن قولان فى جهادها وعن ابن يونس ان طلب اللصوص مثل العلف والثوب فأحب الى أن يعطوه ولا يقاتلوا وقال سحنون

ولو كان القتل قودا ولم أقف عليه انتهى فتأمله مع ما تقدم والله أعلم ص ﴿ والا تكررت ﴾ ش كالزنى والشرب وكالزنى والقذف وقيل يكتفى بالاكثر والله أعلم

ص ﴿ باب ﴾

﴿ المحارب قاطع الطريق لمنع سلوك أو اخذ مال مسلم أو غيره على وجه يتعذر معه الغوث ﴾ ش قال ابن عرفة الحرابة الخروج لاخافة سبيل بأخذ مال محترم بمكابرة قتال أو خوفه أو ذهاب عقل أو قتل خفية أو لمجرد قطع الطريق لا لامرة ولا لنائرة ولا لعداوة فيدخل قولها والخناقون والذين يسقون الناس السيكران ليأخذوا أموالهم محاربون انتهى ومعنى كلام المصنف ان المحارب هو من قطع الطريق على الناس ومنعهم من السلوك فيها وان لم يقصد أخذ المال على وجه يتعذر معه الغوث فينبغى ان يقرأ قوله أو آخذ المال بمد الهمزة وكسر الخاء على انه اسم فاعل وأما اذا قرئ بسكون من غير مد بصيغة المصدر فلا يكون جامعا لأنه يكون معطوفا على قوله لمنع سلوك فيقتضى ان المحارب هو من قطع الطريق لمنع السلوك أو من قطعها لأخذ المال و يخرج منه من قاتل لأخذ المال من غير قطع الطريق و يخرج من ذلك من دخل دارا أو زقاقا أو قاتل ليأخذ المال ومسقى السيكران ومخادع الصبى أو غيره ليأخذ ما معه ولهذا قال ابن الحاجب الحرابة كل فعل يقصد به أخذ المال على وجه يتعذر معه الاستغاثة عادة من رجل أو امرأة أو حر أو عبد أو مسلم أو ذمى أو مستأمن الا ان قوله على وجه يتعذر معه الغوث أحسن من قول ابن الحاجب تتعذر معه الاستغاثة فان المسلوب يستغيث وجد مغيثا أم لا فهو لا تتعذر عليه الاستغاثة (تنبيهان * الاول) ينبغى ان يؤتى فى حد الحرابة بما يشعر بخروج قطع الطريق على الحربى وأخذ ماله فيقال مثلا المحارب قاطع الطريق لمنع سلوك غير حربى أو أخذ مال محترم أو معصوم كما أشار الى ذلك ابن عرفة وصاحب الشامل وكأنهم سكتوا عن ذلك لوضوحه والله أعلم (الثانى) أنظر هل يشترط فى المحارب التكليف لم يتعرض له المصنف وقال ابن عرفة الصبى ان حارب ولم يحتلم ولا أنبت عوقب ولم يقم عليه حد الحرابة قال والمجنون يعاقب لينزجر الا أن يكون الذى به الامر الخفيف فيقام عليه الحد انتهى وذكر مسئلة الصبيان فى المدونة ونصها وأما الصبيان فلا يكونون محاربين حتى يحتلموا وقال أبو الحسن حتى يبلغوا ثم قال فى المدونة عقب كلامه السابق وان قطعوا الطريق الى مدينتهم التى خرجوا منها فهم محاربون وقال أبو الحسن هذا راجع الى أهل الذمة لا الى الصبيان انتهى ص ﴿ فيقاتل بعد المناشدة ﴾ ش أى على وجه الاستحباب قال ابن رشد فى رسم نذر من سماع

عيسى من كتاب المحاربين واستحب مالك ان يدعوا الى التقوى والكف فان أبوا قوتلوا وان عاجلوا قوتلوا وان يعطوا الشيء اليسير ان طلبوه كالثوب والطعام وما خف ولم يقاتلوا ولم ير سحنون ان يعطوا شيأ ولو قل ولا ان يدعوا وقال هذا وهن يدخل عليهم وليظهر لهم الصبر والجلد والقتال بالسيف فهو أكسر لهم وأقطع لطمعهم ذهب فى ذلك مذهب ابن الماجشون وقول مالك أحسن والله أعلم ص ﴿ ثم يصلب ﴾ ش هذا خاص بالرجل قال اللخمى وأما المرأة فحدها صنفان القطع من خلاف والقتل ويسقط عنها ثالثا وهو الصلب ويختلف فى رابع وهو النفى أنظر بقية كلامه ونقله فى الشامل وغيره ص ﴿ أو ينفى الحر ﴾ ش لم يذكر هنا مع النفى ضربا وذكره بعد ذلك ذكر المصنف فى التوضيح تبعا لابن عبد السلام ان مذهب المدونة انه لابد مع النفى من الضرب ونصه فى شرح قول ابن الحاجب ولغيرهما ولمن وقعت منه فلتة ويضربهما ان شاء قوله ان شاء ظاهر المدونة انه لابد من ضربه لقوله والذى يؤخذ بحضرة الخروج ولم يخف السبيل ولم يأخذ المال فهذا يؤخذ فيه بأيسر الحكم لم أر به بأسا وذلك الضرب والنفى ماذكره أنسب بمذهب أشهب فانه قال ان جلده مع النفى لضعيف وانما استحسن لما خفف عنه من غيره ولو قاله قائل لم أعبه وقوله وانما استحسن أى لأنه زيادة على النص انتهى وذكر ابن عرفة كلام ابن الحاجب ثم قال بعده تقدم الخلاف فى لزوم الضرب والنفى ثم قال اللخمى ضربه قبل النفى استحسان كما قال أشهب ثم ذكر كلام ابن عبد السلام ثم قال فى الرجم منها ولا ينفى الرجل ومنها لا ينفى الرجل الحر الا فى الزنى وفى حرابة فيسجنان جميعا فى الموضع الذى ينفى اليه يسجن الزانى سنة والمحارب حتى تعرف توبته قال ابن عرفة فظاهره عدم الضرب وفى كتاب المحاربين وليس للامام أن يعفو عن أحد من المحاربين ولكن يجتهد فى نفيه وضربه فظاهره أو نصه ثبوت الضرب انتهى (تنبيهات * الاول) قدر الضرب موكول الى اجتهاد الامام كما فى نص المدونة الذى ذكره ابن عرفة وقال أبو الحسن فى شرح قوله ولكن يجتهد الامام فى ضربه ونفيه أما فى ضربه فعلى قدر جرمه وكثرة مقامه فى فساده وأما فى نفيه فان كان كثير الفساد نفاه الى بلد بعيد وان كان قليل الفساد فالى بلد قريب وأقله ما تقصر فيه الصلاة وهو يوم وليلة انتهى وقال فى التوضيح قال ابن القاسم فى الموازية وليس لجلده حد الا الاجتهاد من الامام انتهى (الثانى) نصوص المذهب صريحة فى ان المحارب اذا نفى سجن فى البلد الذى ينفى اليه سواء كان يخشى هروبه أم لا وما حكاه الشيخ عبد الرحمن الثعالبى فى تفسيره لما تكلم على آية المائدة من التفصيل بين من يخاف هروبه أو لا يخاف هروبه خلاف المعروف من المذهب والله أعلم (الثالث) وهل يجعل فى عنقه الحديد أنظر تبصرة ابن فرحون ص ﴿ وبالقتل يجب قتله ﴾ ش يريد أو الصلب قال فى المقدمات وأما ان قتل فلابد من قتله ولا تخيير للامام فى قطعه ولا فى نفيه وانما له التخيير فى قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف اه أنظر آخر كلامه فانه يناقض أوله ونقله أبو الحسن ولم ينبه عليه وله نحو ذلك فى سماع عيسى من كتاب المحاربين وقد قال فى كتاب المحاربين من المدونة واذا أخذه الامام وقد قتل وأخذ المال وأخاف السبيل فليقتله ولا يقطع يده ورجله والقتل يأتى على ذلك كله فأما الصلب مع القتل فذلك الى الامام بأشنع ما يراه انتهى قال أبو الحسن قوله ولا يقطع يده ورجله خلافا لأبى مصعب والقتل يأتى على ذلك كله كما اذا كان حدان أحدهما القتل فيكون الآخر داخلا فى القتل فلعله أشار الى أبى حنيفة فى قوله ان قتل وأخذ المال فالامام مخير ان شاء قطع يده ورجله من خلاف ثم قتله وان شاء قطع يده ورجله من خلاف ثم صلبه

لايعطوا شيأ ولا يدعوا لأن الدعوة لاتزيدهم الا اشلاء وجرأة وقال ابن القاسم لايتبع المحارب ان لم يكن قتل وقال سحنون يتبع قيل له فلو ان لصا عارض لى فضربته بشيء فأسقطته أترى ان أجهز عليه قال نعم فأعلمته بقول ابن القاسم انه لا يجهز عليه فلم يره شيأ وقال قد حل حين نصب الحرب قال ابن المنذر أو يقطع الا أن يكون سلطانا (ثم يصلب فيقتل) ابن رشد قول ابن القاسم أو المحارب يصلب حيا ويقتل فى الخشبة (أو ينفى الحر كالزنا) ابن الحاجب أما النفى فللحر لا للعبد كما ذكر فى الزنا الى أن تظهر توبته ابن رشد النفى أن ينفى من بلد الى بلد آخر أقله ما تقصر فيه الصلاة فيسجن فيه الى أن تظهر توبته بخلاف الزنا فقد تقدم ان سجنه سنة (أو تقطع يمينه ورجله اليسرى ولاء) ابن رشد القطع قال ابن القاسم هو قطع يده اليمنى ورجله اليسرى ابن رشد ثم ان عاد قطع ما بقى (وبالقتل يجب قتله) ابن عرفة حد الحرابة بأحد الأربعة ما لم يقتل فان قتل تعين قتله ولم يختلف فيه قول مالك (ولو لكافر) تقدم نص المدونة قتل عثمان مسلما قتل ذميا حرابة

(أو باعانته ولو جاء تائبا) من المدونة ان كانوا جماعة قتلوا رجلا ولى أحد قتله والباقون عون له فأخذوا قتلوا كلهم وان تابوا قبل أن يؤخذوا ودفعوا الى أولياء القتيل فقتلوا من شاؤا وعفوا عمن شاؤا وأخذوا الدية ممن شاؤا انتهى انظر هذا مع اطلاق قوله ولو جاء تائبا ومن المدونة أيضا قال مالك اذا أتى المحارب تائبا الى الله قبل أن يقدر عليه سقط عنه حد الحرابة وثبت ما للناس عليهن من جرح أو مال أو نفس ثم للاولياء العفو ومن المدونة أيضا وقتل عمر ربية كانوا ناظورا للباقين (وليس للولى العفو) محمد عن مالك وابن القاسم ان ولى أحد المحاربين قتل رجل ممن قطعوا عليه ولم يعاونه أحد من أصحابه قتلوا أجمعون ولا عفو فيهم لامام ولا لولى (وندب لذى التدبير القتل) ابن شاس ان كان المحارب ممن له الرأى والتدبير فوجه الاجتهاد فيه قتله أو صلبه لان القطع لا يدفع ضرره (والبطش والقطع) ابن رشد وان لم يكن المحارب له تدبير انما يخيف بقوة جسمه قطع من خلاف (ولغيرهما ولمن وقعت منه فلتة النفى والضرب) ابن رشد ان لم يكن للمحارب تدبير ولم يكن يخيف بقوة جسمه وأخذ بحضرة خروجه أخذ فيه بايسر ذلك وهو الضرب والنفى ابن الحاجب تعين لذى البطش والتدبير القتل ولذى البطش القطع ولا يضرب بها ولغيرهما ولمن وقعت منه فلتة النفى ويضرب بها ان شاء (والتعيين للامام لا لمن قطعت يده ونحوها) ابن الحاجب والتعيين للامام لا لمن قطعت يده أو فقئت عينه فانه لا يقتص له (وغرم كل عن الجميع مطلقا) ابن شاس لو ولى أحد من المحاربين أخذ المال ثم ظفر نا بغيره فانه انما يلزم غرم جميع ذلك كان قد أخذ من ذلك حصة أم لم يأخذ ومن المدونة اذا ولى أحدهم أخذ المال وكان الباقون له قوة ثم اقتسموا فتاب أحدهم ممن لم يل أخذ المال فانه يضمن جميع ما أخذ فى سهمه وما أخذ أصحابه (واتبع كالسارق) من المدونة اذا أخذ المحاربون المال ثم تابوا وهم عدماء فذلك عليهم دينا وان أخذوا قبل أن يتوبوا فأقيم عليهم الحد قطعوا أو قتلوا ولهم أموال أخذت أموال الناس من أموالهم بريد ويسرهم متصل من يوم أخذه وان لم يكن لهم يومئذ مال لم يتبعوا بشئ مما أخذوا كالسرقة انتهى نص ابن يونس (ودفع ما بأيديهم لمن طلبه بعد الاستيناء واليمين) من المدونة واذا أخذ المحاربون ومعهم أموال فادعاها قوم لا بينة لهم دفعت اليهم بعد الاستيناء فى استبراء ذلك من غير طول فان لم يأت من يدعيها بشئ دفعت اليهم بعد ايمانهم بغير حميل ويضمنهم الامام اياها ان جاء لذلك طالب ويشهد عليهم (أو بشهادة رجلين من الرفقة لا لانفسهما) من المدونة تجوز على المحاربين شهادة من حاربوه ان كانوا عدولا بقتل أو مال ولا تقبل شهادة أحدهم فى نفسه وتقبل شهادة بعضهم على بعض (ولو شهد اثنان انه المشهور بها

وان شاء قتله من غير صلب ولا قطع انتهى و وقع فى عبارة الرجراجى نحو ما وقع فى عبارة ابن رشد فقال ان قتل فلا بد من قتله وليس للامام فى ذلك تخيير لا فى قطعه ولا فى نفيه وانما التخيير فى قتله أو صلبه أو نفيه انتهى فاول كلامه يناقض آخره فتأمله ولا شك انه سهو وتصحيف وأما كلام ابن رشد فان حمل على أنه أراد ان الامام مخير فى قتله و فى قطع يده ورجله من خلاف من غير قتل فلا شك انه سهو لأنه قد نفى ذلك وان حمل على انه أراد ان الامام مخير بين قتله من غير صلب ولا قطع و بين صلبه مع قتله و بين قطع يده ورجله ثم قتله فهو خلاف ما تقدم عن المدونة ولا يقال قوله فى المدونة ولا يقطع يده ورجله يعنى به من غير قتل لأن قوله بعد والقتل يأتى على ذلك يرد به وكذلك قوله فأما الصلب مع القتل الخ وكلام الشيخ أبى الحسن الصغير يدل على ان مراده فى المدونة وانه لا يقطع يده ورجله مع قتله ونقل ابن يونس كلام المدونة بما هو كالصريح فى ذلك فانه قال ولا تقطع يده ولا رجله فهذا صريح فى أن مراده انه لا يجمع مع القتل قطع يد ولا رجل اذ لم يقل أحد ان قطع اليد الواحدة أو الرجل الواحدة حد للمحارب فتأمله (فرع) من اعترف انه قتل غيلة ثم رجع فانه يقبل رجوعه أنظر ابن ناجى فى شرح المدونة فى كتاب السرقة وكذلك اذا اعترف بالحرابة قاله فى المدونة ص ﴿ولو جاء تائبا وليس للولى العفو﴾ ش ظاهره أنه اذا جاء تائبا يتعين قتله وليس لوليه العفو وليس كذلك قال فى المدونة واذا أتى المحارب تائبا قبل ان يقدر سقط عنه ما يجب عليه من حدود الحرابة وثبت للناس ما عليه من نفس أو جرح أو مال ثم للاولياء العفو فيمن قتل وكذلك المجروح فى القصاص وان كانوا جماعة قتلوا رجلا ولى أحدهم قتله وباقيهم عون له فيؤخذون على تلك الحال قتلوا كلهم وان تابوا قبل ان يؤخذوا دفعوا الى أولياء المقتول فيقتلون من شاؤا منهم ويعفون عمن شاؤا وأخذوا الدية ممن شاؤا انتهى ونقله ابن عرفة وابن الحاجب وغيرهما ص ﴿وغرم كل عن الجميع مطلقا﴾ ش قال ابن رشد فى رسم استأذن من سماع عيسى من كتاب الغصب اذا اجتمع القوم فى الغصب أو السرقة أو الحرابة فكل واحد منهم

ثبتت وان لم يعايناها) ابن الحاجب وتثبت بشهادة رجلين وان من الرفقة لا لانفسهما ولو كان مشهورا بالحرابة فشهد اثنان أنه فلان المشهور ثبتت الحرابة وان لم يعاينوها (وسقط حدها باتيان الامام طائعا أو ترك ماهو عليه) ابن رشد قول جل أهل العلم ان توبة المحارب تقبل منه ومذهب ابن القاسم ان توبته تكون بوجهين أحدهما أن يترك ماهو عليه وان لم يأت الامام والثانى أن يلقى السلاح و يأتى الامام طائعا ابن شاس الجناية السابعة الشرب والنظر فى الموجب والواجب ﴿ باب ﴾ (يجب بشرب المسلم المكلف مايسكر جنسه طوعا بلا عذر وضرورة) ابن رشد الشرب الموجب للحد شرب مسلم مكلف مايسكر كثيره مختارا الا لضرورة ولا عذر (أوظنه غيرا) ابن عرفة سقوط حد من يشرب مسكرا غلطا واضح كقولها مع غيرها فى وطء أجنبية كذلك ولا حد أيضا على من شرب مباحا ظانا انه خمر لكن تسقط عدالته قاله عز الدين قال فى قواعده وعليه درك المخالفة (وان قل) من المدونة ماأسكر كثيره من الاشربة فقليله حرام (ان جهل وجوب الحد) ابن شاس أما لو علم التحريم وجهل وجوب الحد الحد قولا واحدا (أو الحرمة لقرب العهد) ابن المواز من شرب به ممن لايعلم تحريمه كالاعجمى الذى دخل دار الاسلام ولايعرف فلا عذر لاحد بهذا فى سقوط الحد (ولو حنفيا بشرب النفيذ وصحح نفيه) الباجى من تأول فى المسكر من غير الخمر انه حلال حد ولم يعذر رواه محمد عن مالك وأصحابه ولعل هذا فيمن ليس من أهل الاجتهاد وأما من كان من أهل الاجتهاد والعلم فالصواب عدم حده ابن عرفة ومقلد مبيحه مثله واختاره اللخمى فى غير موضع (ثمانون) هذا هو المخبر عنه بقوله بشرب المسلم الخ ابن عرفة حده ثمانون فيها ويتشطر بالرق (بعد صحوه) من المدونة لا يحد السكران حتى يصحو زاد فى سماع أبى زيد ولو خاف أن يأتيه بشفاعة تبطل حده وقال ابن سلمون نخفف بعض التخفيف فى الشراب وروى ان رجلا شرب فانطلق به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما حاذى دار العباس انفلت فدخلها فذكر ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فضحك وقال أفعلها ولم يأمر فيه بشئ (وتشطر بالرق) تقدم نص المدونة بهذا (ان أقر أو شهد اثنان بشرب) ابن عرفة يثبت بالبينة والاقرار كسائر الحقوق (أوشم) ابن عرفة ويثبت بثبوت رائحة أبو عمر الحد بالرائحة وهو قول مالك وجمهور أهل الحجاز خلافا للشافعى وغيره وقال ابن القاسم اذا رأى الحاكم تخليطا فى قول أو شئ شبه السكران أمر باستنكاهه لانه قد بلغ الى الحاكم فلا يسعه الا تحققه واذا لم يظهر عليه شئ من هذه الاحوال لم يستنكهه ولم يتجسس عليه انتهى من المنتقى (وان خولف وجاز لاكراه) أما جواز شرب الخمر اذا أكره على شربها فقال ابن العربى اختلف فى التهديد هل هو اكراه والصحيح انه اكراه فاذا قال له الظالم ان لم تفعل كذا سجنتك أو أخذت مالك ولم يكن له ما يحميه من ذلك الا الله فله أن يقدم الا على قتل غيره فلا يفدى نفسه بقتل غيره واختلف فى الزنا والصحيح انه يجوز له الاقدام عليه ولا حد عليه خلافا لابن الماجشون فانه ألزمه الحد لانه رأى انها شهادة خلقية لا يتصور عليها اكراه ولكنه غفل عن السبب فى باعث الشهادة وانه باطل وانما وجب الحد على شهادة بعث عليها سبب اختيارى فقاس الشئ على ضده فلم يحل صواب من عنده وانظر الفرق السابع والاربعين والمائتين لشهاب الدين وأما الكفر فذلك جائز له بلا خلاف لكن على شرط أن

ضامن لجميع ماأخذوه لأن بعضهم قوى ببعض كالقوم يجتمعون على قتل رجل فيقتل جميعهم به وان ولى القتل أحدهم وقد قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به جميعا انتهى قال الدمامينى فى حاشية البخارى فى قوله لتجشمت لقاءه وحكم الردء فى جميع أحوال الاسلام حكم المقاتل وكذلك ردء المحارب عند مالك والكوفيين ص ﴿ وسقط حدها باتيان الامام طائعا ﴾ ش تصوره واضح واذا سقط حد الحرابة بالتوبة لم يسقط حد الآدميين من قتل أوجرح أومال على المعروف كما تقدم والله أعلم

ص ﴿ باب ﴾

﴿ بشرب المسلم المكلف الى قوله ثمانون بعد صحوه ﴾ ش تصوره واضح (فرع) قال فى المسائل الملقوطة قال مطرف وكان مالك يرى اذا أخذ السكران فى الاسواق والجماعات قد سكر وتسلط بسكره وآذى الناس أو روعهم بسيف شهره أو حجارة رماها وان لم يضرب أحدا ان تعظم عقوبته بضرب حد السكر ثم يضرب الخمسين وأكثر منها على قدر جرمه وقد حكى عن مطرف عن مالك فى الواضحة أنه يضرب الخمسين ومائة والمائتين ونحو ذلك ويكون الحد منهما وفيهما انتهى ص ﴿ أوشم ﴾ ش أنظر قول من قال لا بد ان يكون الشاهد بالشم ممن شربها فى حال كفره

يلفظ بلسانه وقلبه منشرح بالايمان ولما سمح الله فى الكفر به عند الاكراه حمل العلماء عليه فروع الشريعة كلها

وأما سقوط الحد فقال ابن عرفة المكره لا يحد لوضوح الشبهة أو عدم تكليفه وهو الاظهر لعمومه فى الطلاق ونحوه (أو اساغة) أما الجواز فقال ابن حبيب ان غص بطعام فله أن يجوزه بالخمر وقال مالك لا يزيده الخمر الا شرا. ابن رشد المضطر للاساغة لا يحد لوضوح تعليله هذا يدل على انه لو كان فى شربها منفعة لجاز له شربها وأما سقوط الحد فقال ابن عرفة المضطر للاساغة لا يحد لوضوح الشبهة (لا دواء ولو طلاء) مالك التداوى من القرحة بالبول أخف من التداوى فيها بالخمر ابن رشد لما جاء فى الخمر انها رجس ولم يأت فى البول الا أنه نجس ابن شعبان لا يتعالج بالمسكر وان غسل بالماء ولا يداوى به دبر الدواب (والحدود بضرب وسوط معتدلين) من المدونة صفة الضرب فى الزنا والشرب والفرية والتعزير واحد ضرب بين ضربين ليس بالمبرح ولا بالخفيف ولم يحد مالك ضم الضارب يده الى جنبه ولا يجزىء الضرب فى الحدود بقضيب وشراك ولا درة ولكن السوط وانما كانت درة عمر للادب (قاعدا بلا ربط ولا شد يد بظهره وكتفيه) محمد لا يتولى ضرب الحد قوى ولا ضعيف ولكن وسط من الرجال ويضرب على الظهر والكتفين دون سائر الاعضاء والحدود قاعدا لا يربط ولا يمد وتخلى له يداه

أو حال عصيانه وقد قالوا ان من حد فى حد لا تجوز فيه شهادته ص ﴿أو اساغة﴾ ش يعنى انه يجوز شربها للاساغة لغصة وقد تقدم للمصنف نحو هذا فى فصل المباح طعام طاهر وهذا هو الظاهر وجزم ابن عرفة بحرمتها للاساغة غير ظاهر ونصه أشهب الموجب للحد شرب مسلم مكلف ما يسكر كثيره مختار الاضرورة ولا عذر فلا حد على مكره ولا ذى غصة وان حرمت ولا غالط ثم قال والمكره لا يحد لوضوح الشبهة أو عدم تكليفه وهو الاظهر لعموم اعتباره فى الطلاق ونحوه ولا المضطر للاساغة لوضوح الشبهة الشيخ قال مالك فى المختصر لا يشرب المضطر الخمر الباجى فى النوادر عن ابن حبيب من غص بطعام وخاف على نفسه ان له أن يجوزه بالخمر قاله أبو الفرج ص ﴿والحدود بسوط وضرب معتدلين﴾ ش قال ابن عرفة ولا يجوز الضرب فى الحدود بقضيب ولا شراك ولا درة ولكن السوط وانما كانت درة عمر للادب فاذا وقعت الحدود قرب السوط ثم قال بعد كلام لا يتعلق بالسوط ولابى زيد عن ابن القاسم أو ضرب على ظهره بالدرة أجزأه وما هو بالبين انتهى ونص سماع أبى زيد المذكور وقال ابن القاسم فى رجل ضرب عبده الحد فى الزنى بالدرة أجزأه قال ان كان ضربه فى الظهر أجزأه وما هو بالبين قال ابن رشد قد مضى الكلام على هذه المسئلة فى رسم العتق من سماع عيسى انتهى ونص ما فى سماع عيسى المشار اليه وسألت ابن القاسم عن رجل زنى عبده فضربه خمسين ضربة بغير سوط هل يجزئه ذلك من الحد قال قال مالك لا يضرب الحد الا بالسوط قال ابن رشد سأله فى هذه الرواية هل يجزئه ذلك من الحد فلم يجب على ذلك وحكى له ما قال مالك من ان الحدود لا تضرب الا بالسوط وقال فى سماع أبى زيد بعد هذا انه ان ضربه فى الزنى بالدرة فى ظهره أجزأه قال وما هو بالبين فيحمل قوله فى سماع أبى زيد على التفسير لقوله فى هذه الرواية لأنه وان كان الواجب ان يضرب الحدود بالسياط كما قاله مالك فلا يجب ان يعاد عليه الضرب بالسياط اذا ضرب بالدرة إذ قد يكون من الدرر ما هو أوجع من كثير من السياط فلا يجمع عليه حدين الا ان تكون الدرة التى ضرب بها لطيفة لا تؤلم ولا توجع فلا بد من اعادة الحد بالسوط انتهى من كتاب الحدود فى القذف وقوله معتدلين قال فى الموطأ انه عليه السلام أوتى بسوط مكسور فقال فوق هذا فأتى بسوط حديد فقال دون هذا فأتى بسوط قد ركب به ولان فأمر به أى بالشخص المحدود فحد قال الباجى فى شرحه قال عيسى بن دينار الثمرة الطرف يريد ان طرفه محدود لم تنكسر حدته فقال دون هذا فأتى بسوط قد ركب به ولا يريد انه قد انكسرت حدته ولم يخلق ولم يبلغ مبلغا لا يألم من ضرب به فاقتضى ذلك انه يحد بسوط بين سوطين والضرب فى الحدود كلها سواء انتهى وقال الجزولى وانما يضرب بالسوط وصفته ان يكون من جلد واحد ولا يكون له رأسان وان يكون رأسه لينا ويقبض عليه بالخنصر والبنصر والوسطى ولا يقبض عليه بالسبابة والابهام ويعقد عليه عقدة التسعين ويقدم رجله اليمنى ويؤخر اليسرى انتهى ص ﴿بظهره وكتفيه﴾ ش قال فى رسم الاقضية الثالث من سماع أشهب من كتاب المحاربين والمرتدين وسئل مالك عن عذاب اللصوص بالرهن وبهذه الخنافس التى تحمل على بطونهم فقال لا يحل هذا انما هو السوط أو السجن ان لم يجد فى ظهره مضربا فالسجن قيل له أرأيت ان لم يجد فى ظهره مضربا أترى ان يسطح فيضرب فى أليتيه قال لا والله لا أرى ذلك انما عليك ما عليك انما هو

(وجرد الرجل والمرأة ممايقى الضرب) من العتبية ويجرد الرجل للضرب ويترك للمرأة مايستر جسدها ولايقيها الضرب (وندب جعلها فى قفة) من المدونة بلغ مالكا ان بعض الأئمة أقعد المرأة فى قفة فاعجبه ذلك انتهى أبواب الجنايات قال ابن شاس الجنايات الموجبات للحد سبعة وماعداهذه الجنايات ومقدماتها فيوجب التعزير وهو موكول الى اجتهاد الامام (وعزر الامام) من المدونة أما النكال والتعزير فيجوز فيه العفو والشفاعة وان بلغ الامام وانظر الفرق السادس والأربعين والمائتين لشهاب الدين ذكر فيه ان الحدود مقدرة بخلاف التعزير والحد واجب اقامته بخلاف التعزير والحد تعبد فحد من سرق ربع دينار أومائة ألف دينار واحد بخلاف التعزير فبحسب الجناية والحد فى مقابلة المعاصى بخلاف التعزير فانه يكون للمكلف والبهيمة والمجانين والتعزير يسقط بالتوبة بخلاف الحدود الا الحرابة والحد يقام وان لم يؤثر بخلاف التعزير فان اليسير يسقط لعدم تأثيره والكثير يسقط لعدم موجبه قال ابن العربى وأما الكفر فانظره قبل هذا (لمعصية الله أولحق آدمى) ابن عرفه موجب المعصية غير الموجبة حدا عقوبة فاعلها ابن شاس والسيد يعزر فى حق نفسه وفى حق الله والزوج يعزر فى النشوز وما أشبهه والأب يؤدب الصغير دون الكبير ومعلمه أيضا يؤدبه ومن ابن سلمون اذا رفع للوالى أن فى بيت فلان خمرا فان أتاه بذلك رجل واحد ممن لاتجوز شهادته فلا يكشف عن ذلك ولايهتك ستر مسلم بذلك وان أتاه بذلك عدول فشهدوا عنده على البت كشف عن ذلك وهراقها وضرب المشهود عليه الا أن يكون ممن له حرمة وليس بمشهور بالسوء فيتركه ولا يكشفه واذامشت امرأة مع أهل الفساد ثم يؤتى بها لم ينبغ للامام أن يكشفها عما كانت فيه هل زنت أو كانت خرجت عن طوع

ويؤدبها الامام ولا يكشف عن شئ ونقل هذه المسئلة بنصها ورشحها بقوله صلى الله عليه وسلم لعلك قبلت لعلك لمست ومن تغامز مع امرأة أجنبية أو تضاحك معها ضرب عشرين سوطا والمرأة كذلك ومن حبس امرأة ضرب أربعين سوطا وان طاوعته هى فكذلك وان قبلها ضرب خمسين سوطا وهى كذلك ان طاوعته واذا قال رجل لآخر سرقت متاعى فان كان المدعى عليه ممن يتهم والالزم القائل لذلك الأدب واذا شهد على رجل انه يؤذى الناس بلسانه حبس ثلاثة أيام ويؤدب على قدر جرمه وان زاد شره أمره بالكف عن الجيران والا بيعت عليه داره وأكريت عليه وأفتى بعض الفقهاء فى الذى يؤذى الناس فى المسجد باخراجه من المسجد (حبسا ولوما) مالك من قال لرجل يا كلب فذلك يختلف فان كانا معا من ذوى الهيئة عوقب القائل عقوبة خفيفة يهان ولا يبلغ به السجن وان كان القائل من ذى الهيئة والمقول له من غير ذوى الهيئة عوقب بالتوبيخ ولايبلغ به الاهانة ولا السجن وان كان القائل من غير ذوى الهيئة والمقول له من ذوى الهيئة عوقب بالضرب (وبالاقامة ونزع العمامة) ابن شاس كانوا يعاقبون الرجل على قدره وقدر جنايته منهم من يضرب ومنهم من يحبس ومنهم من يقام واقفا على قدميه فى المحافل ومنهم من تنزع عمامته ومنهم من يحل ازاره ابن عرفه ومما جرى به عمل من أنواع التعزير ضرب القفا مجردا عن ساتر بالاكف عياض وحلف رجل بالطلاق فى مجلس سحنون فامر سحنون بصفع قفاه (وضرب بسوط أوغيره) ابن شاس جنس التعزير لايختص بسوط أو يد أوحبس أوغيره (وان زائدا على الحد) ابن عرفه المشهور صحة الزيادة عن الحد باجتهاد الامام لعظم جرح الجانى ضرب عمر مائة لمن نقش على خاتمه وقال أشهب فى مؤدب الصبيان ان زاد على ثلاثة أسواط اقتص منه (أوأتى على النفس) ابن شاس لايلزمه فى التعزير الاقتصار على مادون الحد ولا له انتهاء به الى القتل وأمر مالك بضرب شخص أربعمائة سوط وجدمع صبى مجردا فانتفخ ومات ولم يستعظم ذلك مالك ✻ انتهت الجنايات وموجبات التعزير قال ابن شاس ✻ كتاب موجبات الضمان والنظر فى ضمان سراية الفعل المأذون فى عينه أو

الضرب بالسوط والسجن قال فقيل أرأيت ان مات أيضا بالسوط قال انما عليك ماعليك قال ابن رشد هذا بين على ماقاله لانه لايصح ان يعاقب أحد فيما تلزمه فيه العقوبة الا بالجلد أو السجن الذى جاء به القرآن وأما تعذيب أحد بما سوى ذلك من العذاب فلا يحل ولا يجوز وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله ليعذب فى الآخرة الذين يعذبون الناس فى الدنيا انتهى بلفظه والحديث رواه مسلم وفى مختصر الوقار والادب أن يقنع بالسوط على رأسه أو يضرب بالدرة على ظهره أو على قدميه ولايسطح أحد على بطنه فى أدب ولا غيره انتهى من باب القذف ص ✻ وجرد الرجل والمرأة ممايقى الضرب ✻ ش ينبغى أن يكون قوله ممايقى الضرب راجعا الى المرأة فقط وهو ظاهر فتأمله والله أعلم قال ابن عرفه وسمع أبو زيد ابن القاسم فى المرأة يكون عليها ثوبان فى الحد قال لابأس بهما وينزع ماسوى ذلك انتهى ص ✻ وعزر الامام لمعصية الله ✻ ش قال ابن

ناجی فی شرح المدونة فی کتاب القذف الادب یتغلظ بالزمان والمکان فمن عصى الله فی الکعبة أخص ممن عصاه فی الحرم ومن عصاه فی الحرم أخص ممن عصاه فی مکة ومن عصاه فی مکة أخص ممن عصاه خارجها انتهى وقال فی المسائل الملقوطة یلزم التعزیر لمن سرق مالا قطع فیه والخلوة بالاجنبیة و وطء المکاتبة ونحو ذلك من الاستمناء واتیان البهیمة والیمین الغموس والغش فی الاسواق والعمل بالربا وشهادة الزور والتحلیل والشهادة علی نکاح السر وکذلك الزوجان والولی الاان یعذروا بالجهل فیجب علی هؤلاء التعزیر فقط وتلزم العقوبة علی من حمی الظلمة وذب عنهم ومن دفع علی شخص وجب علیه حق ومن یحمی قاطع الطریق أو سارقا ونحو ذلك فان من یحمیه و یمنعه عاص لله وتجب عقوبته حتی یحضره ان کان عنده و ینزجر عن ذلك الا أن یکون احضاره الی من یظلمه و یأخذ ماله أو یتجاوز فیه ما أمر به شرعا فهذا لا یحضره ولکن یتخلی عنه و یرتدع عن حمایته والدفع عنه انتهى ومنه و یؤدب من حلق شاربه ومن طلق ثلاثا فی کلمة واحدة ومن نکح بین الفخذین ومن قام بشکیة باطل فینبغی ان یؤدب وأقل ذلك الحبس لیندفع بذلك أهل الباطل واللدد من أحکام ابن سهل قاله فی شهادة السماع والاحباس والله أعلم (تنبیه) ظاهر کلام المصنف ان المکروه لا أدب فیه وصرح بذلك فی باب الایمان من التوضیح قال فی الحلف بغیر أسماء الله تعالى و یدخل فی کلام ابن الحاجب الحلف بالطلاق والعتاق وقد نصوا علی تأدیب الحالف بهما ولا یکون الادب فی المکروه انتهى وقال فی المدخل فی فصل اللباس وقد قال علماؤنا فی تارك شئ من السنن والادب ان الواجب أن یقبح له فعله وان یذم علی ذلك فان أبی أن یرجع والا هجر من أجل ما أتی به من خلاف السنة انتهى وقد نقل فی رسم الجنائز والصید من سماع أشهب من کتاب الذبائح عن سیدنا عمر التأدیب فی المکروه اه وذلك انه مر بشخص أضجع شاة یذبحها وجعل یحد الشفرة فعلاه بالدرة وقال هلا حددتها أولا أو کما قال وقد قال أصبغ من ترك الوتر یؤدب وقال سحنون یجرح والظاهر انه لا یعارضه وان من واظب علی ترك المسنون أو علی فعل المکروه فهو الذی یؤدب و یجرح ومن کان منه ذلك مرة لم یؤدب والله أعلم (مسئلة) قال فی المسائل الملقوطة قال القرافی الحدود واجبة الاقامة علی الأئمة واختلفوا فی التعزیر فقال مالك وأبو حنیفة رحمهما الله ان کان الحق لله وجب کالحدود الا أن یغلب علی ظن الامام ان غیر الضرب مصلحة من الملامة والکلام وقال الشافعی غیر واجب علی الامام انتهى ثم قال مسئلة و یجوز العفو عن التعزیر والشفاعة فیها اذا کان الحق لآدمی فان تجرد عن حق الآدمی وانفرد به حق السلطنة کان لولی الامر مراعاة حکم الاصلح فی العفو والتعزیر وله التشفیع فیه انتهى وقال القاضی عیاض فی الاکمال فی شرح قوله لتشفعوا ولتؤجروا والشفاعة لأصحاب الحوائج والرغبات عند السلطان وغیره مشروعة محمودة مأجور علیها صاحبها بشهادة هذا الحدیث وشهادة کتاب الله بقوله من یشفع شفاعة حسنة الآیة علی أحد التأویلین وفیه أن معونة المسلم فی کل حال لفعل أو قول فیها أجر وفی عمومه الشفاعة للمذنبین وهی جائزة فیما لا حد فیه عند السلطان وغیره وله قبول الشفاعة فیه والعفو اذا رأی ذلك کما له العفو عنه ابتداء وهذا فیمن کانت منه الفلتة والزلة وفی أهل الستر والعفاف أو من طمع بوقوعه عند السلطان والعفو عنه من العقوبة أن تکون له توبة وأما المصرون علی فسادهم المشتهرون فی باطلهم فلا تجوز الشفاعة لأمثالهم ولا ترك السلطان عقوبتهم لینزجروا عن ذلك ولیرتدع غیرهم بما یفعل بهم وقد جاء الوعید فی الشفاعة فی الحدود

جنسه وضمان الصائل واتلاف البهائم ﴿ النظر الاول فی ضمان السرایة قال ابن القاسم لا ضمان علی طبیب وحجام وخاتن و بیطار ان مات حیوان بما صنعوا به ان لم یخالفوا

(وضمن ماسرى كطبيب جهل أو قصر) تقدم نص ابن شاس أن مثل الطبيب الخاتن والبيطار قال ابن رشد من مات من سقى طبيب أو ختن الحجام أو تقليعه ضرساً لم يضمنه ان لم يخطأ في فعلهما الا أن ينهاهما الحاكم عن القدوم على ذى غرر الا باذنه فمن خالفه ضمن في ماله هذا ظاهر السماع وما كان يخطأ في فعله كسقيه مالا يوافق المرض أو تزل يد الخاتن أو يقلع غير الضرس المأمور بها فان كان من أهل المعرفة ولم يغر من نفسه فذلك خطأ تحمل عاقلته الثلث فصاعدا وان غر من نفسه عوقب بالضرب والسجن وفى كون أرش الجناية الى الخطأ أو فى ماله قولان (أو بلا اذن معتبر) ابن الحاجب فان كان جاهلا به أو لم يؤذن له فلا ضمان كالخطأ واذن العبد أن يحجمه غير مفيد (ولو اذن عبد فى فصد أو حجامة أو ختان) قال مالك فان أمره عبد أن يختنه أو يحجمه أو يقطع عرقه ففعل فهو ضامن ما أصاب العبد فى ذلك أو فعله بغير اذن سيده علم انه عبد أو لم يعلم وقيل هذا ظاهر بالنسبة للختان لا بالنسبة للحجامة (وكتأجيج نار فى يوم عاصف) من المدونة من أرسل فى أرضه نارا أو ماء فوصل الى أرض جاره فافسد زرعه فان كانت أرض جاره بعيدة يؤمن أن يوصل ذلك اليها فتحاملت النار بريح أو غيره فاحرقت فلاشئ عليه وان لم يؤمن من ذلك لقربها فهو ضامن ابن رشد مثل هذا ما فى العتبية فى رجل طبخ سكرا فى قدر سترها عن أعين الناس بقصب وكان صبى خلف القصب نائما لا علم للطابخ به ففارت القدر بما فيها فاصاب الصبى ما خرج منها فمات لاشئ عليه ابن عبد السلام الضمان فى مسئلة الكتاب انما هو فيما قصده بالتعدى حيث أوقد النار عند هبوب الريح (وكسقوط جدار مال وانذر صاحبه) من المدونة والحائط المخوف اذا أشهد على ربه ثم عطب به أحد فربه ضامن وان لم يشهد عليه لم يضمن وان كان مخوفا ابن عرفة فاذا لم يضمن فى المائل لعدم الاشهاد فاحرى فى غير المائل (وأمكن تداركه) ابن شاس ان مال الحائط ولم يتدارك مع الامكان

انتهى ص ﴿وضمن ماسرى﴾ ش قال فى الجواهر والتعزير جائز بشرط سلامة العاقبة فان سرى ضمنت عاقلة المعزر بخلاف الحد انتهى ص ﴿وكسقوط جدار مال وأنذر صاحبه وأمكن تداركه﴾ ش قال فى كتاب الديات من المدونة والحائط المخوف اذا أشهد على ربه ثم عطب به أحد فربه ضامن وان لم يشهد به عليه لم يضمن وان كان مخوفا اه ولم يبين عند من يكون الاشهاد قال فى التوضيح قال ابن عبد السلام ومعناه عند القاضى أو من له النظر فى ذلك ولا ينفع الاشهاد اذا لم يكن كذلك اذا كان رب الحائط منكرا لميلانه بحيث يخشى عليه السقوط وأما ان كان مقرا فانه يكتفى بالاشهاد وان لم يكن عند حاكم قاله بعض القرويين وقال ابن الماجشون لا يضمن الا اذا قضى عليه السلطان بالهدم فلم يفعل وقال أشهب اذا بلغ الحائط ما لا يجوز لصاحبه تركه لشدة ميلانه فهو متعد ضامن أشهد عليه أم لا انتهى وقال فى العتبية فى أول مسئلة من سماع يحيى من كتاب السلطان قال يحيى وسألت ابن القاسم عن جدار رجل بين داره ودار جاره مال ميلا شديدا حتى خيف انهدامه أترى السلطان اذا شكى ذلك جاره ومن يخاف من اذايته وضرره أن يأمر صاحبه بهدمه فقال نعم ذلك واجب عليه أن يأمر بهدمه قلت له فان شكى اليه ما يخاف انهدام الجدار فلم يهدمه حتى انهدم على انسان أو دابة أو بيت لصق به فقتل أو هدم ما سقط عليه أيضمن ذلك صاحب الجدار قال نعم يضمن كل ما أصاب الجدار بعد الشكية اليه والبيان له قال يحيى وان لم يكن ذلك بسلطان فانه ضامن اذا انهدم وأشهد عليه قال ابن رشد قول يحيى انه ضامن لما أفسد الحائط اذا انهدم بعد التقدم اليه والاشهاد عليه وان لم يكن ذلك بسلطان مفسر لقول ابن القاسم ومثل ما فى المدونة اه وقد قيل انه لا ضمان عليه الا فيما أفسد بانهدامه بعد ان قضى عليه السلطان بهدمه ففرط فى ذلك وهو قول عبد الملك وقول ابن وهب فى سماع زونان وقد قيل انه ضامن لما أصاب اذا تركه بعد ان بلغ حدا كان يجب عليه هدمه وان لم يتقدم اليه ولا أشهد عليه وهو قول أشهب وسحنون انتهى (فرع) قال فى المدونة واذا كانت الدار مرهونة أو مكتراة لم ينفعهم الاشهاد الا على ربها فان غاب رفع أمره الى الامام ولا ينفعهم الاشهاد على الساكن اذ ليس لهم هدم الدار انتهى وقال فى النوادر فى ترجمة الكلب العقور والجمل الصؤول من كتاب الديات الثانى عن سماع أشهب انه لا ضمان على ربها ولا على من هى بأيديهم ولو أمرهم السلطان بالهدم والبناء فلاشئ عليهم قال محمد ابن عبد الحكم وينبغى للقاضى اذا كان الحائط مخوفا لا يمهل أصحابه ان يحضروا حتى يهدم أعلا المكان فان لم يحضروا أمر بهدمه وأنفق على ذلك من نقضه ان لم يجد لهم مالا فان كان الصبى فى ولاية أب أو وصى فاليهما يتقدم السلطان فان لم يفعل من قدم ذلك اليه حتى سقط فما أفسد أو قتل كان

ذلك فى ماله من أب أو وصى دون مال الصبى اذا أمكن الهدم وتركاه انتهى (تنبيه) اذا كان رب الحائط غائبا وكان له وكيل وتقدم اليه فلم يفعل حتى سقط الحائط فهل يضمن ذلك فى ماله لم أر فيه نصا صريحا والظاهر انه يضمن قياسا على الاب والوصى فتأمله والله أعلم (تنبيه) قال ابن رشد فى أول سماع يحيى من كتاب السلطان اثر كلامه المتقدم والضمان فى ذلك لا يتعدى المال الى العاقلة عند ابن القاسم كذا روى عيسى عنه فى رسم لم يدرك من كتاب الديات وهو ظاهر قوله فى هذه الرواية وروى رونان فى سماعه عن ابن وهب أن العاقلة تحمل من ذلك الثلث فصاعدا وهو قول مالك رواه عنه أشهب وابن عبد الحكم انتهى ص ﴿أو عضه فسل يده فقلع أسنانه﴾ ش هذا معطوف على ما فيه الضمان ولم يعين ما الذى يضمنه هل دية الاسنان أو القود وقال فى التوضيح فى قول ابن الحاجب ولو عضه فسل يده ضمن أسنانه على الاصح يعنى دية الاسنان والاصح عبر عنه المازرى وغيره بالمشهور ونقل مقابله عن بعض الاصحاب وهو أظهر لما فى الصحيحين عن عمران بن حصين رضى الله عنه ان رجلا عض يد رجل فنزع يده من فيه فوقعت ثناياه فاختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يعض أحدكم أخاه كما يعض الفحل لا دية لك زاد أبو داود ان شئت ان تمكنه من يدك فيعضها ثم تنزعها من فيه وقال ابن المواز الحديث لم يروه مالك ولو ثبت عنده لم يخالفه وتأوله بعض شيوخ المازرى على أن المعضوض لا يمكنه النزع الا بذلك وحمل تضمين بعض الاصحاب على انه يمكنه النزع برفق بحيث لا تنقلع أسنان العاض فصار متعديا بالزيادة فلذلك ضمنوه اه وقال القرطبى فى شرح مسلم قوله صلى الله عليه وسلم لا دية لك وفى رواية فابطله وقوله فأبطله هذا نص صريح فى اسقاط القصاص والدية فى ذلك ولم يقل أحد بالقصاص فيما علمت انتهى وانما الخلاف فى الضمان فأسقطه أبو حنيفة وبعض أصحابنا وضمنه الشافعى وهو مشهور مذهب مالك ونزل بعض أصحابنا القول بالضمان على ما اذا أمكنه النزع برفق فنزعها بعنف وحمل بعض أصحابنا الحديث على انه كان متحرك الثنايا وهذا يحتاج الى حطم وأزمة ولا ينبغى أن يعدل عن صريح الحديث انتهى وما ذكره عن مذهب الشافعى خلاف ما ذكره النووى من موافقة أبى حنيفة وهو أعرف بمذهبه وفى مسلم ادفع يدك حتى يعضها ثم انتزعها قال القرطبى هو أمر على جهة الانكار كما قال صلى الله عليه وسلم فى الرواية الاخرى بم تأمرنى تأمرنى ان آمره ان يدع يده فى فيك كما يقضم الفحل فمعناه انك لا تدع يدك فى فيه يقضمها ولا يمكن ان يؤمر بذلك انتهى زاد النووى فكيف تنكر عليه ان ينزع يده من فيك وتطلبه ما جنى فى جذبه كذلك قاله القاضى انتهى ويقضمها بفتح الضاد مضارع قضم بكسرها يقال قضمت الدابة شعيرها اذا أكلته بأطراف أسنانها وخضمت بالخاء المعجمة اذا أكلت بفمها كله ويقال الخضم أكل الرطب والقضم أكل اليابس ومنه قول الحسن تخضمون ونقضم والموعد القيامة انتهى من القرطبى والفحل ذكر الابل ص ﴿أو نظر له من كوة فقصد عينه والا فلا﴾ ش هذا أيضا معطوف على ما فيه الضمان ولم يبين المضمون أيضا هل هو القود أو الدية واعلم ان الذى يقتضيه كلام المازرى وغيره من الاشياخ أن هذه المسئلة كالتى قبلها قال المازرى فى المعلم فى شرح الحديث الاول ومن هذا المعنى لو رمى انسان أحدا ينظر اليه فى بيته فأصاب عينه فاختلف أصحابنا أيضا فى ذلك فالاكثر منهم على اثبات الضمان والاقل منهم على نفى الضمان وبالاول قال أبو حنيفة وبالثانى قال الشافعى فاما نفى الضمان فلقوله صلى الله عليه وسلم لو ان أحدا اطلع عليك بغير اذن فخذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح وأما اثبات الضمان فلانه لو نظر انسان الى عورة انسان بغير

والانذار والاشهاد وجب الضمان ابن عرفة جعل ابن شاس الامكان شرطا صواب (أو عضه فسل يده فقلع أسنانه) ابن الحاجب لو عضه فسل يده ضمن اسنانه ابن عرفة قال غير واحد ان هذا هو المشهور المازرى عن بعض شيوخه عن بعض المحققين انما ضمنه من ضمنه لامكانه النزع برفق وحملوا الحديث فى مسلم لا دية له على هذا (أو نظر له من كوة فقصد عينه فقاها) ابن بشير من هذا المعنى لو رمى انسان من ينظر اليه فى بيته فاصاب عينه فاكثر أصحابنا على اثبات الضمان وأقلهم على نفيه للحديث الصحيح قال ابن شاس لو نظر له من كوة لم يجز أن يقصد عينه عوراء أو غيرها وفيه القود ان فعل (والا فلا) تقدم ان لم يشهد عليه لم يضمن (كسقوط ميزاب) ابن شاس من سقط ميزابه على رأس انسان فلا ضمان عليه (أو بعث ريح لنار) تقدم نص المدونة ان تحاملت الريح بنار فلا شئ عليه (كحرقها قائما لطفئها) أشهب لو كانوا لما خافوا على زرعهم قاموا لردها

فأحرقتهم فديتهم هدر لاعلى عاقلة ولاغيرها (وجاز دفع صائل) ابن يونس فى كتاب محمد وغيره فى الجمل اذا صال على الرجل فخافه على نفسه فقتله لاشئ عليه (بعد الانذار لفاهم وان عن مال) انظر قبل هذا عند قوله فيقاتل بعد المناشدة (وقصد قتله ان علم أنه لايندفع الابه) تقدم نص سحنون قد حل حين نصب للحرب وقال ابن العربى لايقصد المصول عليه القتل انما ينبغى أن يقصد الدفع فان أدى الى القتل فذلك الاأن يعلم أنه لايندفع الابالقتل فجائز قصد قتله ابتداء (لاجرح ان قدر على الهرب بلامضرة) ابن العربى لو قدر المصول عليه على الهروب من غير ضرر يلحقه لم يجزله الدفع بالجراح فان لم يقدر فله دفعه بما يقدر * ابن عرفة هذا كقول ابن رشد وغيره اذا تعارض ضرر ان ارتكب أخفهما (وما أتلفته البهائم ليلا فعلى ربها) الباجى قال مالك والشافعى ما أصابت الماشية بالنهار فلاضمان على أربابها وما أصابت بالليل ضمنوه قال مالك وسواء كان محظرا عليه أوغير محظر * ابن القاسم وجميع الأشياء فى ذلك سواء * الباجى وهذا فى موضع تتداخل فيه المزارع والمراعى (وان زاد على قيمتها) روى ابن القاسم ان الواجب فى ضمانه قيمته وان كانت أكثر من قيمة الماشية * ابن رشد يريد وليس له أن يسلم الماشية فى قيمة ما أفسدت بخلاف العبد الجانى فانه مكلف والماشية ربها هو الجانى (بقيمته على الرجاء والخوف) ابن رشد ان أفسدت الماشية الزرع وهو صغير فيه قيمته لو كان يحل بيعه على الرجاء والخوف اه انظر لو أخلف وهل يغرم طعاما انظر فصل التعدى من ابن سلمون (لانها ان لم يكن معها راع وسرحت بعد المزارع والافعلى الراعى) ابن الحاج اذا قلنا بضمان ما أفسدت الماشية فهل يتعلق الضمان بأربابها أو برعاتها تكلمت فيها مع ابن رشد فظهر له ان الضمان على الرعاة ويحتمل أن يكون الضمان على أربابها لان الراعى أجير يحلف ماضيع ولافرط ويغرم رب الماشية انظر قبل هذا فى الاجارة عند قوله وأجير كالبيع * ابن سلمون واذا عدت بهيمة على أخرى فقتلتها فلاشئ فى ذلك * أبو عمر وكذلك اذا انفلتت ليلا أونهارا فركبت على رجل نائم فجرحته أو قتلته لان جرح العجماء جبار * أبو عمر وانما يسقط الضمان نهارا عن أرباب الماشية اذا أطلقت دون راع وان كان معها راع فلم يمنعها فهو كالقائد والراكب والسائق وقد ضمن مالك القائد والسائق والراكب وقال الباجى من المواضع ضرب تنفرد فيه المزارع والحوائط ليس بمكان مسرح هذا لايجوز ارسال المواشى فيه وما أفسدت فيه ليلا أونهارا فعلى أربابها * الباجى وضرب ثالث جرت عادة الناس بارسال مواشيهم فيه ليلا أونهارا فأحدث رجل فيه زرعا لاضمان فيها على أهل المواشى ليلا أونهارا وانظر احياء الموات من ابن عرفة ان قول ابن القاسم النحل والحمام والدجاج

ادنه لم يستبح فقء عينه فالنظر الى الانسان فى بيته أولا ان لايستباح به ويحمل الحديث عندهم على أنه رماه لينبهه على انه فطن به أوليدافعه عن ذلك غير قاصد فقء عينه فانفقأت عينه خطأ فالجناح منتف وهو الذى نفى فى الحديث وأما الدية فلاذكر لها انتهى وذكر القرطبى فى شرح مسلم نحوه فدل هذا الكلام على أن القائلين بالضمان يقولون به سواء قصد فقء عينه أولا الا أنه ان لم يقصد فقء عينه ففعله جائز وانما يضمن الدية وان قصد فقء عينه فلايجوز فعله ويضمن والظاهر ان المراد حينئذ بالضمان القود وصرح به ابن شاس والقرافى وابن الحاجب قال فى الجواهر ولو نظر الى حريم انسان من كوة أوصر باب لم يجز ان يقصد عينه بابرة أوغيرها وفيه القود ان فعل ويجب تقدم الانذار فى كل دفع وان كان الباب مفتوحا فأولى ان لايجوز قصد عينه انتهى ونحوه فى الذخيرة وعلى هذا فيكون الضمان الذى أثبته المصنف بقوله أونظر من كوة فقصد عينه هو القود والذى نفاه بقوله والا فلا هو القود أيضا دون الدية والله أعلم قال فى التوضيح والصر بكسر الصاد شق الباب قاله الجوهرى انتهى ص ﴿ وجاز دفع صائل ﴾ ش أنظر هل مراده بالجواز المستوى الطرفين كما هو اصطلاحه هو وغيره من المتأخرين أو مراده بالجواز جواز الاقدام حتى يشمل الوجوب وظاهر كلام ابن العربى فيما نقل عنه فى الذخيرة فى هذا المحل وفى الفروق فى الفرق السابع والاربعين بعد المائتين أن الحكم فى دفع الصائل الجواز المستوى الطرفين وذكر القرطبى وابن الفرس فى الوجوب قولين قالا والاصح الوجوب فانظر ذلك وانظر الابى فى شرح قوله عليه السلام من مات دون ماله فهو شهيد وفى منع فضل الماء حتى مات الممنوع فى كتاب الايمان من مسلم وانظر مسئلة من وجد مع امرأته رجلا فقتله فى رسم حلف من سماع ابن القاسم من كتاب القذف وفى الجزء الرابع من كتاب الديات من النوادر وفى كتاب الحدود فى الزنا منها وفى الفصل السابع من القسم الثالث من التبصرة

﴿ كتاب العتق ﴾

قال في الصحاح العتق الكرم يقال ما أبين العتق في وجه فلان يعني الكرم والعتق الجمال والعتق الحرية وكذلك العتاق بالفتح والعتاقة يقال منه عتق العبد يعتق بالكسر عتقا وعتاقا وعتاقة فهو عتيق وعاتق وأعتقته أنا انتهى ثم قال وعتق الشيء بالضم عتاقة أي قدم وصار عتيقا وكذلك عتق يعتق مثل دخل يدخل فهو عاتق انتهى ثم قال وعتاق الطير الجوارح منها والارحبيات العتاق النجائب منها انتهى يعني انه بكسر العين والارحبيات الابل قال في الصحاح وارحب قبيلة من همدان ينسب اليها الارحبيات من الابل انتهى وقال القاضي عياض في المشارق يقال عتق المملوك يعتق عتقا وعتاقة بالفتح فيهما قال الخليل وعتاقا بالفتح أيضا قال غيره والاسم منه العتق بالكسر والعتاق بالفتح ولا يقال عتق انما هو أعتق اذا أعتقه سيده انتهى وقال في التنبيهات العتق والعتاق بالفتح فيهما وعتق الغلام وأعتقه سيده فهو عتيق وعبيد عتقاء وأمة عتيقة ولا يقال عاتق ولا عواتق الا أن يراد مستقبل أمره فهو عاتق غدا ولا يقال عتق الغلام بضم العين ولكن أعتق ومعنى العتق ارتفاع الملك انتهى وقوله في التنبيهات ولا يقال عاتق مخالف لما تقدم في الصحاح وقال في القاموس العتق بالكسر الكرم والجمال والنجابة والشرف والحرية وبالضم جمع عتيق وعاتق المنكب والحرية عتق العبد يعتق عتقا ويفتح وبالفتح المصدر وبالكسر الاسم وعتاقا وعتاقة بفتحها خرج عن الرق فهو عتيق وعاتق الجمع عتائق ثم قال والعتق بالكسر ويضم للموات كالحمر والتمر وككتاب من الطير الجوارح ومن الخيل النجائب انتهى وقال ابن حجر في فتح الباري في باب ما يستحب من العتاقة في الكسوف من كتاب العتق العتاقة بفتح العين ووهم من كسرها يقال عتق يعتق عتاقا وعتاقة والمراد الاعتاق وهو ملزوم العتاقة ثم قال بعد ذلك والافقد عتق ما عتق قال الداودي هو بفتح العين من الاول ويجوز الفتح والضم في الثاني وتعقبه ابن التين بانه لم ينقله غيره وانما يقال عتق بالفتح وأعتق بضم الهمزة لان الفعل لازم غير متعد وقال النووي في تهذيب الأسماء واللغات قال صاحب المحكم العتق خلاف الرق عتق يعتق عتقا وعتقا وعتاقا وعتاقة فهو عتيق وحلف بالعتاق أي بالاعتاق انتهى فتحصل من هذا أنه يقال العتق بكسر العين وفتحها والعتاق والعتاقة بفتحها فقط وانه يقال عتق يعتق كضرب يضرب ولا يقال عتق بضم العين والله أعلم وقال في الذخيرة والعتق في اللغة الخلوص ومنه عتاق الخيل وعتاق الطير اي خالصوها والبيت الحرام عتيق لخلوصه من أيدي الجبابرة وفي الشرع خلوص الرقبة من الرق انتهى وقيل سمي البيت عتيقا لانه أول بيت وضع للناس وقيل لخلوصه من الطوفان وقيل لخلوصه من أيدي الجبابرة والله أعلم وأما في الشرع فقال ابن عبد السلام استغنى ابن الحاجب عن تعريف حقيقته لشهرتها عند العامة والخاصة فقال ابن عرفة يرد قوله بان ذلك من حيث وجودها لا من حيث ادراك حقيقتها بل كثير من المدرسين لو قيل له ما حقيقة العتق لم يجب بشيء ومن تأمل وأنصف أدرك ما قلناه والله أعلم بمن اهتدى انتهى وعرفه في التنبيهات وابن رشد كالقرافي بانه ارتفاع الملك عن الرقيق وليس بمانع كما سيأتي في كلام ابن عرفة فانه قال العتق رفع ملك حقيقي لا بسباء محرم عن آدمي حي فخرج بحقيقي استحقاق عبد بحرية وخرج بسباء محرم فداء المسلم من حربي سباه أو ممن صار له منه وخرج بقوله عن آدمي حي رفعه عنه بموته انتهى وقوله ملك يصدق

كالماشية لا يمنع من اتخاذها وعلى أهل القرية حفظ زروعهم وقال ابن عرفة والصواب بخلاف قول ابن القاسم * ابن شاس

﴿ كتاب العتق ﴾

وهو من أفضل الأعمال والنظر في أركانه وخواصه أما الأركان فثلاثة المعتق والرقيق والصيغة

برفع ملك وانتقاله الى ملك آخر فتأمله فيكون غير مانع وكذلك يصدق على عبد الحربى اذا أسلم وبقى عند سيده حتى غنمه المسلمون فانه حر على المشهور وليس هذا اعتاقا اصطلاحا وكذلك يصدق حده على وقف الرقيق على مقابل المشهور القائل بان ملك الواقف ارتفع عن الموقوف فتأمل ذلك ولو قال رفع الملك الحقيقى الكائن لمسلم عن آدمى حى من غير تحجير منفعته لسلم فيما يظهر من جميع مايرد عليه ويكون اللام فى الملك للحقيقة والله أعلم وقوله عن آدمى حى يؤخذ منه صحة عتق من فى السياق قال فى المسائل الملقوطة لو أعتق من فى سياق الموت الظاهر صحة العتق لانه لو عاش لم يعد رقيقا فترتب عليه أحكام الحرية ويصلى عليه فى صف الرجال الأحرار ويحاز ولاؤه لمعتقه ولو قذفه أحد فى تلك الحال بعد العتق حد له على انه حر وكذلك لو أجهز عليه أحد فقتله وهو فى السياق فحكمه حكم الحر لا حكم العبد ففى النظر هل يحصل له من الثواب فى عتق ثواب من أعتق صحيحا ولا شك انه خلصه من الرق ولانه قابل لان يهبه لرجل بغير ثواب فكذلك تنجيز عتقه لله تعالى من تسهيل المهمات فى قوله ولا يباع من فى السياق انتهى وحكمه الندب وهو من أفضل الاعمال وأعظم القربات ويدل على عظيم قدره مافى الصحيح من حديث أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لن يجزى ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه قال فى التوضيح وكان الوالد لما كان سببا لوجود الولد وذلك من أعظم النعم فالذى يشبه ذلك اخراج الولد لوالده من عدم الرق الى وجود الحرية لان الرقيق كالمعدوم وربما كان العدم خيرا منه انتهى ونحوه للقاضى أبى بكر بن العربى فى قوله تعالى وقل رب ارحمهما كما ربيانى صغيرا وقال فى الذخيرة وفى الصحيحين قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أعتق رقبة مؤمنة أعتق بكل ارب منها اربا منه من النار حتى انه ليعتق اليد باليد والرجل بالرجل والفرج بالفرج ثم قال قال اللخمى ظاهر الحديث يقتضى انه اذا أعتق ناقص عضو لا تحجب النار عن الذى يقابله وهو ممكن لان الالم يخلقه الله فى أى عضو شاء كما فى الصحيح ان الله حرم على النار أن تأكل موضع السجود انتهى والارب العضو قال فى التوضيح روى مسلم فى صحيحه عن أبى هريرة من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضو منها عضوا من أعضائه حتى فرجه بفرجه وفى الترمذى وصححه انه عليه الصلاة والسلام قال أيما امرئ مسلم أعتق امرأ مسلما كان فكاكه من النار يجزئ كل عضو منه عضوا منه وأيما امرئ مسلم أعتق امرأتين مسلمتين كانتا فكاكه من النار يجزئ كل عضو منهما عضوا منه وأيما امرأة مسلمة أعتقت امرأة مسلمة كانتا فكاكها من النار يجزى كل عضو منها عضوا منها قيل ولعل هذا لان دية المرأة على النصف من دية الرجل انتهى والعتق وان كان مندوبا فقد يجب قال فى اللباب ولوجوبه عشرة أسباب اصدار الصيغة والكتابة والتدبير والايلاد والمثلة والسراية والقرابة ويضاف الى ذلك اليمين بالعتق والنذر به وقتل الخطأ والظهار وكفارة اليمين ان اختار العتق فتكون اثنى عشر انتهى وذكر فى التنبيهات ان أسبابه عشرة وعد ثلاثة عشر ثم ألحق بهم وجهين آخرين قال والعتق مندوب اليه فى الجملة ويجب أحيانا بعشرة أسباب بالزام الرجل ذلك نفسه وتبتيله عتق مملوكه ابتداء أو بنذره ذلك لأمر كان أو يكون أو بالحنث فى يمين بذلك أو بحمل مملوكته منه أو بعتقه بعضه فيتم عليه باقيه أو بالتمثيل به أو بشرائه من يعتق عليه أو بقتل النفس خطأ أو بوطء المظاهر أو بكتابة العبد أو مقاطعته على مال أو خدمته بذلك ويلحق بذلك وجهان آخران وهما كفارة اليمين بالله وكفارة الفطر فى رمضان عمدا الا ان الفرض فى هذين

موضوع للتخيير بينه وبين غيره وانما يتعين بتعيين المكفر انتهى الا أن يكون قوله بالزام الرجل ذلك نفسه وتبتيله عتق مملوكه سببا واحدا وهو الظاهر وكذلك قوله أو بمكاتبة العبد الخ فيكون حينئذ عشرة أسباب فقط وهو الظاهر وقال فى اللباب عقب ذكره الاسباب المتقدمة ويجب أن يعلم ان ما كثرت أسبابه كان الى الوقوع أقرب ألا ترى انه قد وعدنا بالمغفرة على أسباب كثيرة تكاد تخرج عن الحصر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم صوم يوم عرفة يكفر السنة الماضية والآتية وصوم يوم عاشوراء يكفر الماضية ورمضان الى رمضان يكفر ما بينهما والصلوات الخمس يكفرن ما بينهن واذا توضأ خرجت الخطايا من بين أشفار عينيه وقد قلت لشيخنا شهاب الدين رحمه الله اذا كان يوم عرفة يكفر الماضية والآتية فأى شئ يكفر يوم عاشوراء وكذلك ما ذكرناه فقال لى ذلك دليل على انه تعالى مريد للمغفرة لعباده فان العبد اذا أخطأه سبب لا يخطئه غيره وما كثرت أسبابه كان الى الوقوع أقرب فتنبه لذلك انتهى وحكمة مشروعيته قال فى اللباب هى التنبيه على شرف الآدمى وتكرمته فان الرق اذلال له والترغيب فى مكارم الأخلاق وتعاطى أسباب النجاة من النار انتهى (فرع) قال ابن سلمون فى وثائقه سئل ابن رشد فى عتق الاماء والعبيد أيهما أفضل فقال اختلف العلماء فى ذلك فمنهم من قال ان عتق الأكثر ثمنا منهم أعلا فى الأجر ذكرا كان أو أنثى لان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل أى الرقاب أفضل فقال أعلاها ثمنا وأنفسها عند أهلها ولم يخص ذكرا من أنثى وأما اذا استوى الذكر والأنثى فعتق الذكر أفضل كما ان عتق الافضل فى الدين من العبدين والأمتين أفضل وهذا لا اختلاف فيه وانما اختلف فى الافضل من عتق الكافر أو المسلم اذا كان الكافر أكثر ثمنا فقيل ان عتق الاكثر ثمنا أفضل وان كان كافرا لعموم الحديث وقيل ان عتق المسلم أفضل وأن الحديث انما معناه مع استواء الرقاب وكذلك الافضل من عتق الكافر من كان منهم أكثر ثمنا قال وان استوى فى الاثمان فالذى أقول به ان عتق الأنثى منهم أفضل لان عتقها يحل للمسلمين نكاحها ولا منفعة فى عتق الكافر الذكر اه

ص ﴿ باب ﴾

﴿ انما يصح اعتاق مكلف ﴾ ش أخرج به الصبى فلا يصح عتق الصبى ولو علقه بيمين فحنث فيها بعد البلوغ كان باذن وليه أو بغير اذنه قاله فى المقدمات وغيرها وقال فى العتق الثانى من المدونة ولا يجوز عتق المعتوه اذا كان مطبقا ولا الصبى وان قال صبى كل مملوك لى حر اذا احتلمت فاحتلم فلا شئ عليه وكذا المجنون قال فى عتقها الثانى ومن حلف بعتق عبده ان فعل كذا فجن ثم فعل ذلك فى حال جنونه فلا شئ عليه قال أبو الحسن قال أصبغ ومن حلف ليفعلن فعلا الى أجل كذا ثم جن فمضى الأجل وهو مجنون فانه حانث وقال غيره لا يحنث لانه مضى الأجل وهو فى حال لا تنعقد اليمين فيه انتهى ويدخل السكران قال فى عتقها الثانى وعتق السكران وتدبيره جائز اذا كان غير مولى عليه قال أبو الحسن أما الطافح فكالبهيمة لا خلاف انه لا يلزمه شئ اه كلامه بالمعنى ص ﴿ بلا حجر ﴾ ش هذا قيد ثان وهو عدم التحجير فخرج السفيه المولى عليه قال فى كتاب المديان منها ولا يجوز للمولى عليه عتق ولا صدقة ولا هبة ولا بيع ولا يلزمه ذلك بعد بلوغه ورشده الا أن يجيزه الآن وأستحب له امضاءه ولا أجبره عليه انتهى قال فى المقدمات كان الولى رده أم لم يرده واختلف اذا كان بيمين فحنث فيها بعد ولاية نفسه واختلف أيضا ان لم يعلم بذلك حتى مات هل للورثة رد ذلك

(باب انما يصح اعتاق مكلف) ابن شاس الركن الاول المعتق وهو كل مكلف * ابن عرفة لم يرد بأركانه المحمولة عليه لان المعتق ليس جزأ من العتق (بلا حجر) نحوه لابن الحاجب * ابن عرفة مفهومه رد عتق السفيه أم ولده وفيها عتق السفيه أم ولده جائز انتهى وانظر أيضا نصوا أن السفيه المولى عليه يلزمه الظهار ويعتق عن ظهاره بغير إذن وليه قال ابن القاسم اذا أعتقت ذات زوج عبدا هو أكثر من ثلث مالها فللزوج رد الجميع ومن أوصى بأكثر من ثلث ماله فليس للورثة أن يردوا الا ما زاد قال عبد الوهاب وكلاهما له التصرف فى ماله (أو احاطة دين) انظر فرق بين أن يكون أرباب الديون مجهولين فان العتق ينفذ مطلقا والولاء للمسلمين انظر نوازل ابن رشد من المدونة من بتل عتق عبيده فى صحته وعليه دين يغترقهم ولا مال له سواهم لم يجز عتقه وان كان دينه لا يغترقهم بيع من جميعهم مقدار الدين بالحصص لا بالقرعة وعتق ما بقى

على قولين حكاهما ابن حبيب فى الواضحة انتهى والقول بلزوم الحنث لأشهب والقول بعدمه لابن القاسم كذا عزاه أبو الحسن فى العتق الثانى فى شرح قولها وان قال صبى كل مملوك لى حر المتقدم والله أعلم (فرع) قال فى رسم قطع الشجرة وهو أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب العتق الثانى لو قال لمملوك من مماليك أبيه ان ملكتك فأنت حر فمات أبوه وملكه فان كان يوم قاله سفيها فلا يلزمه العتق وان كان رشيدا اعتق عليه قال ابن رشد واختلف هل هو محمول فى حياة أبيه على الرشد أو على السفه والمشهور انه محمول على السفه انتهى ونقله أبو الحسن (تنبيهات * الاول) قوله فى المدونة استحب الى آخره قال أبو الحسن وفى الأمهات لا يجوز له فى ماله بيع ولا عتق ولا شراء ولا هبة ولا صدقة والهبة والصدقة لغير ثواب كالعتق واستحب له أن يمضيها فظاهره انه راجع الى العتق وما أشبهه من الهبة والصدقة لغير الثواب انتهى قال أبو الحسن قال عياض ظاهر التهذيب انه راجع الى الجميع وعليه اختصرها المختصرون وانه يستحب له امضاء جميع ما فعله وفيه نظر والصحيح سواه وانه لا يستحب له أن يمضى الا ما كان لله قربة وأما ما بينه وبين العباد فأى استحباب فى هذا وكذا جاء منصوصا فى سماع أشهب على ما تأولناه قال الشيخ أبو الحسن وقد يكون أيضا فيه قربة باسعاف أخيه المسلم بامضاء صفقته لغبطته بها كان يكون قربة فى الاقالة والتولية انتهى وهو ظاهر فتأمله والله أعلم (الثانى) ظاهر كلام المؤلف أن السفيه لا يصح عتقه فى جميع ما يصح فيه العتق وليس على عمومه فقد تقدم فى باب الحجر انه يجوز عتقه لمستولدته وقال فى المدونة إثر الكلام السابق وما ليس له فيه الا المنفعة ففعله فيه جائز و يجوز طلاقه لزوجته وعتقه لأم ولده انتهى وهل يتبعها مالها قال فى التوضيح فى باب الحجر فى ذلك ثلاثة أقوال يفرق فى الثالث بين اليسير والكثير ونقلها غيره وعزا اللخمى الثالث لابن القاسم وقال انه الاشبه ذكره فى الحجر والقول الثانى انه لا يتبعها مالها وان لم يستثنه قال ابن رشد فى رسم العتق من سماع أشهب هو أظهر الأقوال وأولاها بالصواب انتهى من العتق وتقدم فى باب الحجر الكلام على جميع ما تقدم بابسط من هذا الثالث يؤخذ من كلام المؤلف أن السفيه المهمل عتقه جائز لانه الى الآن لم يحجر عليه وانه اذا حجر عليه ثم ظهر رشده ولم يطلقه الحاكم فعتقه غير جائز لانه محجور عليه وهذا يأتى على قول ابن القاسم وقول مالك على العكس قال فى اللباب هنا ولو كان السفيه غير مولى عليه فعتقه جائز قال ابن القاسم الا البين السفه انتهى وكلام اللباب يفهم منه أن قول ابن القاسم تقييد وليس كذلك والله أعلم ويخرج بقول المؤلف بلا حجر أيضا العبد قال فى الولاء منها ولا يجوز عتق المكاتب ولا العبد بغير اذن سيده فان أعتق أو دبر أو تصدق بغير اذن سيده فللسيد رد ذلك فان رده بطل ولا يلزم العبد والمكاتب ذلك ان عتقا وان لم يعلم بذلك السيد حتى عتقا مضى ذلك وما أعتقا باذن السيد جاز وعتق أم الولد لعبدها كما وصفنا فى عتق العبد عبده انتهى وقد علم ان أم الولد والمكاتب بمنزلة القن وكذا من بعضه حر صرح به فى أول رسم من سماع عيسى من كتاب العتق والظاهر ان المدبر والمعتق الى أجل كذلك وأظن ان اللخمى صرح بذلك والله أعلم وفى المقدمات فى كتاب المأذون وأما العبد فأعتق أو وهب فاذا لم يعلم السيد بذلك أو علم ولم يقض برد ولا اجازة حتى عتق العبد والمال بيده فان ذلك لازم له ولا أعلم فى ذلك نص خلاف وهو دليل على ان فعله على الاجازة فان فوت العبد المال من يده قبل أن يعتق ببيع أو هبة بطلت الصدقة والعتق قاله فى الصدقة فى كتاب الاعتكاف والعتق مقيس عليها الا أن يفرق بينهما مفرق لحرمة العتق وهو بعيد فان رد السيد ذلك و بقى بيده حتى عتق ولم يفوته

لم يلزمه شئ قاله فى المدونة فى الصدقة والهبة والعتق مقيس على ذلك انتهى ويخرج أيضا بقول المؤلف بلا حجر الزوجة فيما زاد على الثلث فاذا أعتقت عبدا فان حمله الثلث جاز وان حمل بعضه فالمشهور ان للزوج رد الجميع فان أعتقت ثلث عبد لا تملك غيره فهل له رده أو يمضى فيه قولان ذكرهما فى التوضيح فى باب الحجر وانظرها فى رسم سن من سماع ابن القاسم من العتق ويخرج أيضا المريض فيما زاد على الثلث فاذا أعتق عبدا لا يملك غيره مضى منه الثلث والله أعلم وخرج أيضا المرتد قال فى الشامل فى باب الحجر وحجر لردة فلا يعد تصرف من تحجر عليه وظاهره ولو أسلم بعد ذلك والله أعلم وتقدم فى باب الحجر الكلام على الحجر بالردة ويخرج أيضا المدين اذا فلسه الامام وأما من أحاط الدين بماله فيخرج بقوله واحاطة دين قال ابن عبد السلام (فان قلت) لا شك ان أحد أسباب الحجر احاطة الدين بماله فاذا انتفى الحجر عموما انتفى كون الدين محيطا (قلت) السبب الحقيقى هو الفلس وهو متأخر عن احاطة الدين وقد علم ان من الأفعال ما يصح فعله من الذى أحاط الدين بماله ولا يصح من المفلس المحجور عليه وعلى هذا فالحجر لاجل الفلس أخص من احاطة الدين ونفى الأخص الذى هو الحجر للفلس نفى للاعم الذى هو احاطة الدين انتهى وفيه نظر لانه قد سلم ان احاطة الدين مما يقع به الحجر ولو فى بعض الأشياء والمقصود فى قول المؤلف وابن الحاجب بلا حجر نفى مطلق الحجر لا نفى الحجر من الوجود والا لخرج حجر الزوجة والمريض (تنبيهات * الاول) قول المؤلف انما يصح هل مراده انما يصح ويلزم أو مراده مطلق الصحة وان لم يلزم فان أراد الاول فليس فى كلامه ما يدل عليه ومع ذلك فيرد عليه الكافر فانه اذا أعتق عبده الكافر لا يلزمه عتق مع أنه يصدق عليه انه مكلف لا حجر عليه لان الصحيح ان الكفار مخاطبون بفروع الشريعة قال فى العتق الثانى منها فى ترجمة من أعتق من الغنيمة قبل قسمها واذا أسلم عبد النصرانى ثم أعتقه قضى عليه بعتقه لانه حكم بين مسلم وذمى ولو دخل الينا حربى بأمان وكاتب عبده أو أعتقه أو دبره ثم أراد بيعه فذلك له وكذلك النصرانى اذا أعتق عبده نصرانيا ثم أراد أن يرده فى الرق أو يبيعه فذلك له الا أن يرضى أن يحكم عليه بحكم الاسلام قوله فذلك له قال ابن يونس ولا يحال بينه وبين ذلك الا أن يكون أبانه عنه ونحوه فى الجنايات انتهى وكذلك ورد فى رسم الدور والمزارع من سماع يحيى مطلقا فقال ابن رشد ظاهر الرواية ان للنصرانى أن يرجع فى عتق عبده النصرانى مادام على النصرانية لا يمنع من ذلك وان كان لما أعتقه قد خلى سبيله وخرج عن خدمته مثل قول ابن القاسم فى المكاتب منها خلاف ما فى جناياتها ان ذلك له ما لم يخرجه من يده لان قوله اذا لم يخرجه من يده يدل على ان له أن يرجع فى عتقه بعد اسلامه اذا لم يخرجه من يده خلاف ما فى كتاب المكاتب فتحصيل المسئلة انه اذا أعتقه وخلى سبيله وأخرجه من خدمته ثم أراد أن يرجع فى عتقه قبل اسلامه كان له على ظاهر هذه الرواية ولم يكن له على ما فى جناياتها وان أراد أن يرجع فى عتقه بعد ان أسلم ولم يكن خرج عن خدمته كان ذلك له على ما فى هذه الرواية خلاف ما فى كتاب المكاتب منها انتهى ثم قال فى المدونة وكذلك لو كاتبه أو دبره ثم أراد بيعه لم يمنع الا أن يسلم العبد وهو فى يده فيؤاجر المدبر وتباع كتابة المكاتب قيل له فان بتل النصرانى عتق عبده النصرانى أو دبره أو حلف بذلك ثم أسلم فحنث قال ان حنث بيمينه فى نصرانيته أو بعد اسلامه لا شئ عليه وكذلك جميع أيمانه انتهى فيخرج من قوله وكذلك لو كاتبه الى آخره أنه لو أعتقه ثم أسلم العبد وهو فى يد سيده وأراد الرجوع له ليس له ذلك وقال الشيخ أبو

(ولغريمه رده أو بعضه) ابن الحاجب لو أعتقه ثم قام غريمه رد عتقه أو بعضه (الا أن يعلم) ابن عرفة ان أمسك الغرماء عن القيام بعد العتق ثم قاموا بعد الثلاث سنين والأربع وهو بالبلد وقالوا لم نعلم فذلك لهم حتى تقوم بينة انهم علموا (أو يطول) قال الباجى وان قاموا فى أكثر من أربع سنين لا يقبل منهم القيام عليه ولم يرد عتقه قاله ابن عبد الحكم (أو يفيد مالا) من المدونة ان أعتق فى عسره فلم يقم عليه حتى أيسر نفذ عتقه ثم ان أعسر بعد ذلك وقبل القيام عليه لم يرد عتقه (ولو قبل نفوذ البيع) روى ابن القاسم وأشهب عن مالك لو رد الامام عتقه ثم أيسر قبل بيعه عتق * الباجى على هذا لا يطأ قبل اليسر ومن المدونة من رد غرماؤه عتقه فليس له ولا لغرمائه بيعهم دون الامام فان فعل أو فعلوا ثم رفع الى الامام بعد أن أيسر رد البيع ونفذ العتق (رقيقالم يتعلق به حق لازم) هذا معمول اعتاق قال ابن شاس الركن الثانى الرقيق وهو كل انسان مملوك لم يتعلق بعينه حق لازم * ابن عرفة المعتق كل ذى رق مملوك لمعتقه لم يزاحم ملكه اياه حق لغيره قبل عتقه فقولنا لم يزاحم الخ لقولها مع غيرها من أعتق عبده بعد علمه انه قتل قتيلا خطأ وقال لم أرد حمل جنايته وظننت انها تلزم فى ذمته ويكون حرا حلف على ذلك ويرد عتقه (به وفك الرقبة والتحرير) ابن شاس الركن الثالث الصيغة وصريح لفظها الاعتاق وفك الرقبة والتحرير (وان فى هذا اليوم) ابن عرفة ان قال أنت حر فى هذا اليوم عتق للأبد ومن المدونة ان قال له أنت حر اليوم من هذا العمل وقال أردت عتقه من العمل لا الحرية صدق فى ذلك مع يمينه (بلا قرينة مدح) ابن شاس لو قال فى المساومة هو عبد حر لم يلزمه عتق لصرف القرينة له الى المدح ومن المدونة من عجب من عمل عبده أو من شئ رآه منه فقال ما أنت الا حر فلا شئ عليه فى الفتيا ولا فى القضاء (أو حلف) انظر ان كان على تحليف ظالم قال اللخمى لو قال له العاشر لا أدعك الا أن تقول ان كانت أمتك فهى حرة ان قال ذلك بغير نية العتق لم يلزمه شئ وان نوى العتق وهو ذاكر ان له أن لا ينويه كانت حرة لانه لم يكره على النية وقد تقدم فى الطلاق أن طلاق المكره لا يلزم الا أن يترك التورية (أو دفع مكس) من المدونة لو مر على عاشر فقال هو حر ولم يرد بذلك الحرية فلا عتق له فيما بينه وبين الله وان قامت بذلك بينة لم يعتق أيضا اذا علم أن السيد دفع عن نفسه بذلك ظلما (أو بلا ملك أو لا سبيل لى عليك الا بجواب) من المدونة ومن قال لعبده

الحسن قال ابن يونس وظاهر كلام ابن القاسم أنه خلاف بين اسلام العبد واسلام السيد وهذا اذا لم
يبن العبد عن نفسه انتهى وقد حصل اللخمى جميع ذلك فقال واذا أعتق النصرانى عبده المسلم
لزمه ذلك لانه حكم بين مسلم ونصرانى فيجرى على حكم الاسلام وان أعتق عبده النصرانى ثم أسلم
العبد فان أسلم بعد أن رجع عن عتقه واسترقه لم يلزمه ذلك العتق وان أسلم بعد ان حاز نفسه لم يكن
ذلك للسيد وان أسلم قبل أن يحوز نفسه وقبل أن يرجع عن العتق فقولان والقياس انه لا شئ عليه
لانه لو رجع قبل اسلام العبد كان ذلك له ولم يؤخذ بما عقد واسلام العبد لا يوجب عليه ذلك العقد
انتهى وقد علمت من قول المدونة المتقدم وكذلك لو كاتب عبده أو دبره ان الجارى عليه انه لا يرجع
ثم قال اللخمى وكذلك ان أسلم السيد وحده أو أسلم السيد ثم العبد فان كان الاسلام قبل ان رجع فى
العتق لم يلزمه وان كان بعد ان حاز نفسه لزمه وان كان بقرب العتق قبل ان يرجع وقبل ان يحوز
نفسه كان على الخلاف وان حلف بعتق عبده ثم حنث لم يلزمه وسواء حنث قبل الاسلام أو بعده
لان عقد الكفر غير لازم واذا أعتق النصرانى عبده النصرانى ثم امتنع من انفاذ العتق لم يجبر
عليه ولو حوزه نفسه لم يكن له أن يرجع فيه انتهى الا أن يقال ان المؤلف مشى على القول بانهم غير
مخاطبين بفروع الشريعة فقد صح فيخرج الكافر بقوله مكلف ويكون مراده انما يصح ويلزم
وان أراد المؤلف بقوله انما يصح مطلق الصحة وان لم يلزم فيرد عليه ان غالب ما احترز عنه صحيح
ويتوقف لزومه على اجازة الغير كعتق المريض والمرأة والعبد والمدبر فتأمله والله أعلم (الثانى)
قوله بلا حجر يغنى عن قوله مكلف والله أعلم وكلام الجواهر نحو كلام المصنف فانه قال المعتق كل
مكلف بلا حجر انتهى (الثالث) قال ابن عرفة وقول ابن شاس وابن الحاجب وقبله شارحاه وله
اركان الاول المعتق يقتضى أن المعتق جزء من العتق وليس كذلك الا أن يريد وأركانه الحسية
لمتوقف وجوده حسا عليها كاللحم والعظم والدم للانسان لا أركانه المحمولة عليها كالحيوان
والناطق للانسان انتهى ومن المعلوم انهم لم يريدوا الا الأركان الحسية المتوقف وجوده عليها حسا
وانظر لم أخر الاعتراض الى هنا وهلا أورده من أول الذكاة والصيد فتأمله والله أعلم ص
﴿ ولغريمه رده أو بعضه ﴾ ش أى ولغريم المدين رد عتقه ان أحاط الدين بماله وان لم يحط الدين

ابتداء منه لا سبيل لي عليك أو لا ملك لي عليك عتق عليه وان علم أن هذا الكلام كان جوابا لكلام كان قبله
صدق في أنه لم يرد به عتقا
ولا يعتق عليه (وبكوهبت
لك نفسك) من المدونة
قال ابن القاسم سمعت
مالكا يقول في الرجل
يقول لعبده قد وهبت لك
نفسك انه حر وسألت
مالكا عن رجل وهب
لعبده نصفه قال هو حر كله
(أو بكاسقني أو اذهب أو
اعزب فالنية) ابن شاس
وأما الكناية بقوله وهبت
لك نفسك أو اذهب أو
اعزب أو نحو ذلك ولا
تعمل بدون اقتران نية
العتق به وألحق ابن القاسم
بذلك اسقني الماء اذا
اقترنت بذلك نية العتق
* ابن عرفة مقتضاه شرط
النية في وهبت لك نفسك
وفي المدونة خلافه (وعتق
على البائع ان علق هو
والمشتري على البيع
والشراء) من المدونة ان
قال البائع ان بعته فهو حر
وقال المشتري ان اشتريته
فهو حر فباعه له عتق على
البائع ويرد ثمنه * ابن
رشد القياس قول من قال
انه لا شئ على البائع لان
العتق انما وقع من البائع
بعد حصول العبد لمشتريه
* ابن عرفة ومثله اختيار
اللخمي (وبالشراء
الفاسد في ان اشتريتك) من المدونة من قال لعبد ان اشتريتك أو ملكتك فانت حر فابتاعه بيعا فاسدا عتق عليه بقيمته ورد الثمن

بماله فللغريم رد بعض العبد حتى يستوفي حقه (تنبيهات * الاول) تقدم في باب التفليس انه محمول على الجواز حتى يتحقق انه وقت العتق عليه دين يستغرق ما بيده فانظره (الثاني) ظاهر قول المصنف ولغريمه رده ان ذلك للغريم دون أمر الامام والذي في المدونة ونقله ابن عبد السلام وابن عرفة ان العتق لا يرده الا الامام قال ابن عبد السلام واختلف في عتق المديان هل هو موقوف على اجازة الغرماء وهو مذهب مالك وأكثر أهل المدينة أو هو جائز ما لم يفلس ويحجر عليه الحاكم وهو مذهب جماعة خارج المذهب وعلى الاول لا يرد الغرماء ان أرادوا ذلك حتى يرفعوا الى الحاكم فهو الذي يحكم بالرد بعد اثبات موجب ذلك عنده فان ردوه وباعوه فان الامام يرد بيعهم وينظر في أمرهم فان ثبت عنده موجب بيعه باعه والا تم عتقه انتهى وقال في المدونة في أواخر العتق الاول ومن رد غرماؤه عتقه فليس له ولا لغرمائه بيعهم دون الامام فان فعل أو فعلوه ثم رفع الى الامام بعد ان أيسر رد البيع ونفذ العتق انتهى ونقله ابن عرفة في أول العتق (الثالث) ظاهر كلامه ان للغريم رد العتق ولو طال قال ابن رشد في الأجوبة وأما عتق من أحاط الدين بماله فلا اختلاف انه لا يجوز الا أن يجيزه الغرماء واختلف ان لم يعلموا حتى طال الأمر وجازت شهادته وورث الأحرار فقيل لهم ان يردوه وقيل ليس لهم ان يردوه لاحتمال أن يكون قد أفاد في خلال المدة مالا يعلم به ثم ذهب مع حرمة العتق فان كانت الديون التي عليه قد استغرقت من تبعات لا تعلم أربابها نفذ عتقه على كل حال ولم يرده وكان الأجر لارباب التباعات والولاء للمسلمين انتهى من مسائل الشركة (الرابع) قال في المدونة واذا باعهم الامام عليه في دينه ثم اشتراهم بعد يسره كانوا أرقاء ولا يعتقون انتهى (الخامس) قوله أو بعضه قال في التوضيح فان لم يوجد من يشتريه الا كاملا بيع جميعه واختلف فيما بقي قال ابن حبيب يصنع ما شاء وقيل يستحب أن يجعله في عتق واليه ذهب اللخمي أما لو أعتق عبدين لا مال له غيرهما وقيمتهما أكثر من الدين ونحن ان بعنا منهما بالحصص لم يف بالدين فقال ابن عبد الحكم يقرع بينهما على أيهما يباع للدين وهو ظاهر (السادس) اذا بعض العتق وأراد مالك بعضه سفرا وامتنع هو ففي ذلك ثلاثة أقوال فقال مالك في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الاقضية انه يسافر ويكتب له القاضي كتابا ان لم يكن مأمونا واستدل بان الحرية تبع للرق بدليل اجماعهم ان أحكامه أحكام الرق ما بقيت فيه شائبة وقال أيضا في سماع أشهب من الشركة ان السيد ان كان مأمونا سافر به والا فلا والثالث رواه البرقي عن أشهب انه ليس له السفر به مطلقا وان كان مأمونا والعبد مستعربا لانه ملك من نفسه ما ملك الشريك فصار شريكا في نفسه ابن رشد وهو محض القياس وحكاه أيضا عن أشهب ابن المواز وابن حبيب قال ابن حبيب ولو أراد الانتقال به الى قرية يسكنها من الحواضر كان له ذلك ولو كره العبد (فرع) قال ابن رشد واذا قضى له بالخروج كانت نفقته وكراؤه عليه في سفره حتى يقر قراره في موضع يكون له فيه عمل ومكتسب فيكون له أيام وللسيد أيام انتهى من الرسم المذكور (تنبيه) قال فيه أيضا معنى قوله يكتب له كتابا أي الى قاضي البلد الذي يسافر لها ويشهد له شاهدين ممن يسافر معه فيشهدهما على الكتاب وعلى عين العبد وليس على ظاهره لان العبد لا ينتفع به في المكان الذي يذهب اليه بكتاب يكون بيده الا ببينة عليه اذ لا يحكم بكتاب القاضي دون بينة تنقله وتشهد عليه انتهى وانظر منتخب الأحكام قبل أبواب النكاح وفي آخره أيضا وانظر اللخمي في كتاب العتق الثاني

(كان اشترى نفسه فاسدا او الشقص والمدبر وأم الولد و ولد عبده من أمته وان بعد يمينه والأنثى فيمن يملكه أولى) انظر قوله وان فات أراد وان بعد يمينه لافعلن فبين وان أراد لافعلت فلا أقل أن يقول ولو لافرق بين قوله كل مملوك أملك أو كل مملوك لى من المدونة قال مالك من قال كل مملوك حر فى غير يمين أو فى يمين حنث بما عتق من فى ملكه وعبارة ابن الحاجب لو قال ان فعلت كذا فكل مملوك لى حر عتق من فى ملكه والمدبر وأم الولد وأولاد عبيده من امائهم وان ولدوا بعد يمينه بخلاف عبيد عبيده فانهم تبع كمالهم زاد فى المدونة وعتق عليه كل شقص له فى مملوك و يقوم عليه بقيته ان كان مليا * ابن المواز انما يعتق عليه ماولد لعبيده بعد يمينه لافعلن لافى يمينه لافعلت والى هذا رجع ابن القاسم * ابن يونس لانه فى يمينه لافعلن على حنث حتى يبر فاذا فاته البر ولزمه العتق وجب أن يعتق عليه كل ماولد له من امائه بعد اليمين لان الأمهات مرتهنات باليمين لايستطيع بيعهن ولا وطأهن وسواء كن حوامل يوم اليمين أو حملن بعد اليمين وأما فى يمينه لافعلت فهو على بر فان كان اماؤه حوامل يوم اليمين دخل الولد فى اليمين وأما ماحمل به بعد اليمين فقيل يدخل وقيل لايدخل وهو أصوب قال فى هذا الكتاب اذا قال عبيدى أحرار لا يعتق عليه عبيد عبيده وقال فى كتاب النذور اذا حلف أن لايركب دابة فلان وركب دابة عبده انه حانث فقيل خلاف وقيل يراعى فى الايمان النية سحنون من قال مماليكى أحرار ولانية له فانه يعتق عليه ذكور رقيقه واناثهم رجع الى هذا سحنون قال ابن يونس وهو وفاق للمدونة لانه قال فى قوله كل مملوك لى حر يعتق عتيه أمهات أولاده ولافرق بين قوله كل مملوك و بين قوله مماليكى * ابن سحنون ولو قال رقيقى أحرار عتق ذكورهم واناثهم ولو قال عبيدى أحرار لم يعتق عليه الا الذكور (٣٣١) دون الاناث ولو كان له اماء حوامل فانه يعتق ما أتين به من غلام لاقل من ستة أشهر راجع ثالث ترجمة من كتاب العتق من ابن يونس (أو رقيق) تقدم نص ابن سحنون لو قال رقيقى أحرار عتق ذكورهم واناثهم (أو عبيدى) لما نقل ابن يونس قول ابن سحنون المتقدم وهو قوله لو قال عبيدى أحرار لم يعتق عليه الا الذكور دون الاناث قال وقال أبو اسحق ولعل اسم العبد جرت العادة انه يراد به الذكور دون الاناث والا فلفظ العبيد يقع على الذكور والاناث (أو مماليكى) تقدم نص سحنون من قال مماليكى أحرار دخل الاناث قال ابن يونس وهو وفاق للمدونة (لا عبيد عبيده) تقدم نقل ابن يونس قال فى هذا الكتاب اذا قال عبيدى أحرار لا يعتق عليه عبيد عبيده (كاملكه أبدا) مضمن مايتقرر انه ان قال ان فعلت كذا فكل مملوك أملكه حر انه لايعتق عليه من سيملكه بعد اليمين وأما الذى كان على ملكه فبين أن يقول أبدا أو لافرق * ابن الحاجب لو قال ان فعلت كذا فكل مملوك لى حر عتق من فى ملكه وأولاد عبيده من امائهم بخلاف عبيد عبيده و بخلاف كل امرأة أتزوجها وان قال فكل مملوك أملكه فكذلك بخلاف كل مملوك أملكه أبدا فانه لايعتق عليه من فى ملكه ومن المدونة قال مالك ومن قال كل مملوك أملكه حر ان تزوجت فلانة ولا رقيق له فأفاد رقيقا ثم تزوجها فلا شئ عليه فيما أفاد بعد يمينه قبل أن يتزوجها ولا بعد تزويجها قال مالك ومن قال ان دخلت هذه الدار أبدا فكل مملوك أملكه حر فدخلها لم يلزمه العتق الا فيما ملك يوم حلف وان لم يكن له يومئذ مملوك فلا شئ عليه فيما يملك قبل الحنث و بعده وكذلك اليمين بالصدقة قال أشهب ولو قال ان دخلت الدار فكل مملوك أملكه أبدا حر فدخلها لم يلزمه العتق فيما عنده من عبد لانه انما أراد ما يملك فى المستقبل كما لو قال كل مملوك أملكه أبدا حر وكل امرأة أتزوجها أبدا طالق فلا شئ عليه * ابن يونس وهذا خلاف ماتقدم من رواية ابن القاسم لان ابن القاسم انما أوقع ملك الأبد على الدخول وأشهب أوقعه على الملك وأما من قال كل عبد أشتريه حر وكل امرأة أنكحها أو أتزوجها طالق فلا شئ عليه وان لم يقل ههنا أبدا * ابن يونس لان هذه الألفاظ لاتكون للماضى

وانظر رسم العتق من سماع أشهب ورسم شك ورسم البز ورسم نذر سنة الجميع فى سماع ابن القاسم من كتاب العتق قال فى هذه المواضع مسائل تتعلق بالمعتق بعضه والله أعلم ص ﴿ كان اشترى نفسه فاسدا ﴾ ش قال فى كتاب العتق الثانى من المدونة واذا اشترى العبد نفسه من سيده شراء فاسدا فقد تم بيعه ولا يرد ولا يتبعه السيد بقيمة ولا غيرها ابن يونس يريد و يكون للسيد ماباعه به غررا كان أو غيره وكأنه انتزعه منه وأعتقه ثم قال فى المدونة بخلاف شراء غيره اياه الا أن يبيعه نفسه بخمر أو خنزير فيكون عليه قيمة رقبته وقال غيره هو حر ولا شئ عليه قال ابن يونس وقال أحمد ابن ميسر ان اعتقه على خمر فى يديه فهو حر و يكسر عليه وان كان يتبعه به فهو بيع فاسد وعليه قيمة رقبته * ابن يونس وقول ابن ميسر وفاق للمدونة ومسئلة المدونة انما هى على انه اشتراه بخمر مضمون انتهى ص ﴿ والشقص الى آخره ﴾ ش نزلت مسئلة وهى رجل له مماليك بمكة

لا يقول الانسان اشتر فيما هو مالكه بعد فهو بخلاف قوله املكه (ووجب بالنذر ولم يقض الا بيت معين) ابن الحاجب العتق يجب بالنذر ولا يقضى الا باليمين والحنث * ابن عرفة هذا مشكل قال فى المدونة الوصية بالعتق عدة ان شاء رجع فيها ومن بت عتق عنده أو حنث بذلك فى يمين عتق عليه بالقضاء ولو وعده بالعتق أو نذر عتقه لم يقض عليه بذلك وأمر بعتقه * اللخمى من قال على عتق عبد لزمه فان كان ليس معينا لم يجبر وان كان معينا فقال مالك كذلك أيضا لا يجبر (وهو فى خصوصه وعمومه ومنع بيع ووطء فى صيغة الحنث وعتق عضو وتمليكه للعبد وجوابه كالطلاق والا الاجل واحدا كامرة فله الاختيار وان حملت فله وطؤها فى كل طهر مرة) أما خصوصه وعمومه فقال ابن يونس العتق كالطلاق فى عمومه لعتق ما يستقبل ملكه وهو غير لازم عندنا قال مالك فيمن قال كل مملوك أو كل جارية أو عبد أشتريه أو أملكه فى المستقبل فهو حر فى غير يمين أو فى يمين حنث بها فلا شىء عليه فيما يملك أو يشترى كان عنده رقيق يوم حلف أو لم يكن أعتق من عبيده حينئذ أو باع أم لا لانه قد عم الجوارى والغلمان فلا يلزمه شىء الا أن يعين عبدا أو يخص جنسا أو بلدا أو يضرب أجلا لا يبلغه عمره كذلك من الصقالبة أو من البربر أو من مصر أو من الشام أو الى ثلاثين سنة ويمكن أن يعيش لذلك الأجل فيلزمه ذلك لانه قد ضرب أجلا مسمى جنسا أو موضعا ولم يعم وهذا كمن عم أو خص فى الطلاق وأما منعه من بيع ووطء فى صيغة الحنث ففى المدونة قال مالك من حلف بعتق ان فعلت كذا أو لا أفعل كذا فهو على بر ولا يحنث الا بالفعل ولا يمنع من وطء ولا بيع وان مات لم يلزم ورثته عتق فاما ان قال ان لم أفعل أو لا فعلت كذا فهو على حنث ويمنع من الوطء أو البيع ولا أمنعه الخدمة فان مات قبل الفعل عتق رقيقه من الثلث اذ هو حنث وقع بعد الموت ابن يونس انما كان من حلف ان فعلت أو لا فعلت كذا على بر لانه بفعله ذلك الشىء يحنث فدل انه كان قبل أن يفعله على بر وأما الحالف ان لم أفعل أو لافعلن انما يبر بفعل ذلك الشىء فدل انه قبل أن يفعله على حنث وقد ذكرت فى النذور وجها آخر غير هذا انتهى نص ابن يونس وقال عيسى عن ابن القاسم أما الحالف ان فعلت (٣٣٢) فله البيع والتصرف فان كانت أمه فولدت بعد اليمين فهل يدخل الولد فى اليمين اختلاف قول مالك فى ذلك وقال أصبغ لا يدخل قال ولا أرى رواية انه يدخل الا وهما *

مثلا وله مماليك بغيرها فشكا اليه انسان مماليكه الذين بمكة فقال عبيدى أحرار وقال انه أراد من بمكة فهل يقبل قوله انظر رسم شك فى طوافه من سماع ابن القاسم من كتاب العتق ص * وهو فى خصوصه وعمومه الى قوله الا الاجل * ش يعنى ان العتق مثل الطلاق فيما ذكر الا فى الأجل فانه

أشهب وان حلف بحرية عبده ان عفا عن فلان لم ينفعه أن يبيعه ثم يعفو لان المعنى يمينه لا عاقبته فهو كالحالف لافعلن لا كمن حلف ان فعلت قال مالك من قال ان لم تفعل كذا فامتى حرة وزوجتى طالق فانه يمنع من البيع والوطء وهو على حنث ولا يضرب له فى هذا أجل الايلاء فى الزوجة وانما يضرب له فى يمينه لافعلن وأما هذا فالامام يتلوم له بقدر ما يرى انه أراد من الاجل فى تأخير ما حلف عليه فان مات الحالف فى البلوغ مات على حنث وعتقت الامة فى الثلث وترثه الزوجة لان الحنث وقع عليه بعد موته قال ابن القاسم وان قال لزوجته ان لم أتزوج عليك أو أفعل كذا فانت طالق فهو على حنث ويتوارثان قبل البر ولا يحنث بعد الموت بخلاف العتق قال مالك من قال لامته أنت حرة اذا مات فلان حرم عليه وطؤها بخلاف ما اذا قال لها أنت حرة اذا مت قال عبد الوهاب وكلا الوجهين عتق معلق بموت وقال مالك لا يجوز وطء المعتقة الى أجل ويجوز وطء المدبرة قال عبد الوهاب وكلتاهما معتقة الى أجل قال مالك ولا يجوز وطء المكاتبة وأما مسئلة عتق عضو ففى المدونة قال مالك من قال لعبده يدك حرة أو رجلك حرة عتق عليه جميعه كما لو طلق عضوا من امرأته فانها تطلق عليه وانظر اذا أعتق جنين الأمة دونها أو العكس بين الوجهين فرق وانظر رابع ترجمة من كتاب العتق الثانى من ابن يونس وأما مسئلة تمليكه للعبد وجوابه ففى المدونة قال ابن القاسم من ملك عبده العتق وقال له أعتق نفسك فى مجلسك هذا وفوض ذلك اليه فقال للعبد اخترت نفسى فقال العبد نويت بذلك العتق صدق وعتق لأن هذا من احرف العتق وان لم يرد به العتق فلا عتق له * ابن يونس وفرق بين قول العبد اخترت نفسى و بين قول المملكة اخترت نفسى انظر فيمن ملك عبده العتق من ابن يونس ومن ابن المدونة وان قال لعبد أنا أدخل الدار وقال أردت بذلك العتق فلا عتق له اذ ليس هذا من أحرف العتق بخلاف اذا قال السيد لعبده أدخل الدار يريد بلفظ ذلك العتق فان العتق يلزمه فالعبد فى هذا مثل المرأة فى التمليك تقول أنا أدخل بيتى فلا يقبل قولها انها أرادت الطلاق قال ابن القاسم القول فيمن ملك عبده أو أمته العتق كالقول فى تمليك الزوجة ان ذلك فى يد الامة والعبد ما لم يفترقا من المجلس أو لم يطل وأما مسئلة العتق الى الاجل ففى المدونة قال مالك من أعتق الى اجل آت لا بد منه فله أن ينتفع

بمن أعتق بالخدمة لذلك الاجل لكن يمنع من الوطء والبيع وأما مسئلة واحدا كما فله الاختيار فى المدونة قال مالك من حلف بطلاق احدى امرأتيه فحنث فان نوى واحدة طلقت التى نوى خاصة وهو مصدق وان لم تكن له نية طلقتا جميعا قال ابن القاسم وان قال رأس من رقيقى حر ولم ينو واحدا بعينه فهو مخير فى عتق من شاء منهم وكذلك قوله لعبديه أحدكما حر بخلاف الطلاق وأما مسئلة الفرق بين الطلاق والعتق اذا احملت ففى المدونة قال ابن القاسم من قال لأمة يطؤها اذا احملت فانت حرة فله وطؤها فى كل طهر مرة قيل له ولم لا يتمادى على وطئها قال مالك فكل النساء على الحمل الا الشاذة ولو قال لزوجته اذا احملت فانت طالق فاذا وطئها مرة طلقت عليه وقال ابن الماجشون حكمها حكم الامة انتهى وانظر لو قال لامته ان حملت فانت حرة فكانت حاملا قال ابن القاسم هى حرة وقال سحنون لا تعتق بهذا الحمل واستشكل قول ابن القاسم لان الشرط وجزاءه والوعد والوعيد والترجى والتمنى والامر والنهى والدعاء والاباحة هذه العشرة الحقائق لا تتعلق الا بمعدوم مستقبل (وان فرض عتقه لاثنين فلم يستقل أحدهما الا أن يكونا رسولين) من المدونة من أمر رجلين بعتق عبده فاعتقه أحدهما فان فوض ذلك اليهما لم يعتق العبد حتى يجتمعا وان جعلهما رسولين عتق بذلك وكذلك ان أمر رجلين بطلاق زوجته الجواب واحد (وان قال ان دخلتما فدخلت واحدة فلاشئ عليه فيهما) من المدونة قال مالك من قال لامته ان دخلت هاتين الدارين فانت حرة فدخلت احدى الدارين حنث وعتقت عليه وان قال لامتيه ان دخلتما هذه الدار فانتما حرتان أو لزوجتيه فانتما طالقتان فدخلتها واحدة منهما فلاشئ عليه حتى يدخلاها جميعا وقاله ابن القاسم وسحنون ابن يونس وجه قول ابن القاسم كانه انما كره اجتماعهما فيها لوجه ما وعلى هذا وقعت يمينه فلاشئ عليه بدخول الواحدة (وعتق بنفس الملك الابوان وان علوا والولد وان سفل كبنت) ابن شاس النظر الثانى فى خواص العتق وهو سنة الخاصة الثانية من ذلك عتق القرابة فمن دخل فى ملكه أحد عموديه أعنى أصوليه وهو العمود الاعلى الآباء والامهات والاجداد والجدات وآباؤهم وأمهاتهم من قبل الاب ومن قبل الام وان علوا وفصوله وهو العمود الاسفل أعنى المولود من الولد وولد الولد ذكورهم واناثهم وان سفلوا أعتق عليه وسواء دخل عليه قهرا بالارث أو اختيارا بالعقد (وأخ وأخت مطلقا) ابن شاس ويلحق بالعمودين الجناح وهو عمود الاخوة والاخوات من أى جهة كانوا دون أولادهم

اذا أعتق لاجل فانه يلزمه (مسئلة) من أوصى فى جوار له أن يحبسن سبعين سنة ثم يعتقن قال مالك هو غير جائز وينظر السلطان فان رأى بيعهن بعن وان رأى عتقهن عتقن قال ابن رشد وجه نظر الامام فى ذلك ان من كانت تعلم انها لا تعيش سبعين سنة مثل بنت الاربعين فأكثر فانها تباع لان العتق لا يدركها فهو كمن أوصى بعتقها بعد موتها ومن كانت يمكن أن تعيش ذلك كبنت العشرين فأقل عجل عتقها اذ لا يجوز أن تباع ولعل العتق يدركها ولا ان تحبس سبعين سنة لما فى ذلك من الضرر عليها القصد السيد الى ذلك فى ظاهر أمره فهذا معنى قول مالك لأن السلطان يعمل بهواه انتهى من رسم المحرم من سماع ابن القاسم من كتاب العتق (فرع) قال فى كتاب الوصايا الاول من المدونة ومن أوصى بعتق أمته الى أجل والثلث يحملها فعجل الوارث عتقها قبل الأجل جاز ولا رجوع له عليها وهو وضع خدمة والولاء للميت وان كانا وارثين فأعتقها أحدهما فعتقها ههنا وضع خدمة فيوضع حق هذا من الخدمة ويكون نصيبه منها حرا ولا يضمن لصاحبه قيمة خدمته منها وتخدم هى الآخر نصف خدمتها الى تمام الأجل ثم تخرج حرة انتهى قال أبو الحسن هذه مثل مسئلة الشريكين فى العبد يكاتبانه ثم يعتق أحدهما حصته انما هو وضع مال وأما العتق فبعقد الكتابة وكذلك هذه انما المعتق الموصى لا الورثة انتهى ص ﴿وعتق بنفس الملك الابوان﴾ ش تصوره واضح (فرع) قال فى رسم العتق من سماع أشهب من كتاب العتق قال وسمعته يسئل أيملك الرجل أمه أو أخته من الرضاعة فقال نعم فى رأى وغير ذلك فى خير قيل له ولا يعتقان عليه قال نعم قال ابن رشد هذا صحيح بين لا اختلاف فيه انتهى وقال الفاكهانى فى شرح الرسالة أما الأب والأخ من الرضاعة فالمشهور عندنا أنه لا يعتق انتهى ويفهم منه انه يعتق على القول الشاذ فانظره مع ما حكى ابن رشد من الاتفاق (فرع) منه أيضا الخنثى المشكل اذا كان عبدا وولده من ظهره وبطنه فملك أحد الأخوين أخاه فهل يعتق عليه لم أر فيه نقلا فلينظر انتهى ص ﴿وان سفل﴾ ش قال ابن فرحون فى شرح ابن الحاجب فى النكاح فى تقديم الأولياء سفل بفتح الفاء وقال الجزولى فى شرح الرسالة فى الفرائض زعم بعضهم أنه لا يقال سفل بالضم وقال فى القاموس وقد سفل ككرم

(وان بهبة أو صدقة أو وصية) أبو عمر كل من هؤلاء يعتق على مالكه ساعة يتم ملكه عليه بأي وجه ملكه من بيع أو هبة أو صدقة أو وصية أو ميراث (ان علم المعطى) ابن المواز من ورث أباه أو وهب له أو تصدق به عليه وعليه دين فقال أشهب هو حر في ذلك كله ولا يباع في الدين وقال ابن القاسم أما اذا ورثه فانه يباع في الدين ولا يباع في الهبة والصدقة لان الواهب يقول لم أهبه له ولم أتصدق عليه به الا ليعتق لا ليباع عليه في الدين ابن يونس يريد ابن القاسم انه اذا لم يعلم الواهب والمتصدق أنه ممن يعتق عليه فليبع عليه في الدين كالميراث قاله بعض أصحابنا انتهى فانظر هذا مع اطلاق خليل ان علم المعطى وهذا الشرط في المدونة اذا كان للموهوب عليه دين (ولم يقبل وولاؤه له) ابن شاس قال في كتاب الولاء ان أوصى له بابيه والثلث يحمله عتق عليه قبله أو رده والولاء له (ولا يكمل في جزء لم يقبله كبير) من المدونة اذا أوصى له ببعض أبيه فان قبله قوّم عليه باقيه وان رده فروى علي عن مالك ان الوصية تبطل وقال ابن القاسم اذا رده عتق عليه ذلك الشقص فقط قاله مالك وأما من ورث شقصا ممن يعتق عليه فلا يعتق عليه منه الا ما ورث فقط ولا تقوم عليه بقيته وان كان مليا لانه لم يجر الميراث الى نفسه ولا يقدر على دفعه وفي الشراء والهبة والصدقة هو جر ذلك الى نفسه لانه قادر على دفعه (أو قبله ولي صغير أو لم يقبله) من المدونة قال مالك من أوصى لصغير بشقص ممن يعتق عليه أو ورثه فقبل ذلك أبوه أو وصيه فانما يعتق عليه ذلك الشقص فقط ولا يقوم على الصبي بقيته ولا على الأب أو الوصي الذي قبله وان لم يقبل ذلك الأب أو الوصي فهو حر على الصبي وكل ما جاز بيعه وشراؤه على الصبي فقبوله الهبة جائز وذلك في الاب والوصي (الا بارث أو شراء وعليه دين فيباع) تقدم ان من ورث شقصا ممن يعتق عليه لا يقوم عليه بقيته لانه لم يجر الميراث الى نفسه وتقدم نص ابن القاسم أما اذا ورثه فانه يباع للغرماء وقال ابن يونس أما ان اشتراه أعني من يعتق عليه وعليه دين فليبع في دينه وكذلك ان ورثه وعليه دين عند ابن القاسم (وبالحكم ان عمد لشين برقيقه

وعلم ونصر انتهى فجعله مثلثا والله أعلم ص ﴿وان بهبة أو صدقة أو وصية ان علم المعطى ولو لم يقبل﴾ ش يعني ان من ملك أحدا من قرابته المذكورين يعتق عليه وان كان ملكه بهبة بان وهب له سواء كانت هبة ثواب أو غيرها أو بصدقة بان تصدق به عليه أو بوصية بان أوصى له به وحمله الثلث فانه يعتق عليه قبله أم لا ولا يشترط ان يعلم المعطى بكسر الطاء انه ممن يعتق على المعطى بفتح الطاء هذا معنى كلامه وكلام ابن الحاجب وابن عبد السلام والتوضيح وابن عرفة والشامل وليس في المدونة تعرض لهذا القيد وانما ذكره في التوضيح وغيره فيما اذا وهب له أبوه وعليه دين ولم يعلم الواهب انه أبوه فهل يباع تردد في ذلك ابن رشد وجزم ابن يونس والمازري انه يباع في الدين لانه لم يقصد به العتق قاله في باب التفليس قال في باب الولاء منها ومن أوصى له بمن يعتق عليه والثلث يحمله عتق عليه قبله أم لا وله ولاؤه ويبدأ على الوصايا ثم اني وقفت على كلام ابن رشد في البيان فرأيته صرح بهذا القيد في رسم القطعان من سماع عيسى من العتق وفي رسم المكاتب من سماع عيسى من الصدقات واما مفهوم هذا القيد فلم أر من صرح به لا ابن رشد ولا غيره ونص ما في سماع عيسى قوله انه اذا وهب له من يعتق عليه أو تصدق به عليه أو أوصى له به فحمله الثلث ان الولاء له قبله أم لم يقبله وانه اذا وهب له شقص منه أو أوصى له به فلم يحمله الثلث انه ان قبل قوم عليه الباقي وان لم يقبل عتق منه ما وهب له أو ما حمله الثلث وكان الولاء له على كل حال هو قوله في المدونة ووجهه أنه لما وهبه له أو تصدق به عليه أو أوصى له به وقد علم انه يعتق عليه اذا ملكه ولم يكن على يقين من قبوله اياه حمل على انه أراد عتقه عنه فكان الولاء له قبله أم لا انتهى ونحوه في الموضع الثاني من الصدقات فمن وقف على غير هذا فليفده والله الموفق ص ﴿وبالحكم ان عمد لشين برقيقه﴾ ش هذا هو المشهور وقيل يعتق بنفس المثلة قال الشيخ يوسف بن عمر وعلى الاول فله أن ينتزع ماله قبل الحكم وعلى الثاني يتبعه ماله انتهى وقوله برقيقه دخل فيه القن ومن فيه شائبة حرية وهو كذلك قال في المدونة ومن مثل بعبده أو بأم ولده أو بعبد لعبده أو لمدبره أو لأم ولده عتقوا عليه ثم قال وان مثل بمكاتبه عتق عليه وينظر في جرحه لمكاتبه أو قطع جارحة منه فيكون عليه من ذلك ما على الاجنبي ويقاص بالارش في الكتابة فان ساواها عتق عليه وان نافت عليه الكتابة عتق ولا يتبع ببقيتها وان ناف الارش عليها اتبع المكاتب لسيده بالفضل وعتق عليه انتهى (فرع) قال ابن أبي زيد في مختصره محمد بن المواز قال أشهب اذا مثل بعبده وعليه دين يحيط بماله انه يعتق بماله وان أحاط الدين به لانه عتق جناية حدها العتق وكذلك في العبد يمثل بعبده وكذلك قال في المولى عليه يمثل بعبده وقيل لا يعتق بالمثلة على العبد والمديان والسفيه وهو الذي رجع اليه ابن القاسم في السفيه وكان يقول

ورقيق رقيقه) ابن شاس الخاصية الثالثة العتق بالمثلة ابن الحاجب من مثل برقيقه عمدا مثلة شين عتق عليه وعزا ابن عرفة المذهب وجوب العتق بتمثيل السيد فى رقيق له ومن المدونة من مثل بعبده أو بام ولده أو بمدبره أو بعبد عبده أو بمدبره أو بأم ولده عتق عليه وظاهر المدونة شرط المثلة بمطلق العمد للضرب وان لم يقصد مثلة (أو لولد صغير) من المدونة من مثل بعبد ابنه الصغير عتق عليه ان كان مليا وغرم قيمته ابن عرفة مفهومه أن الكبير كالاجنبي وقاله اللخمى عن المذهب الا أن يكون سفيها فى ولايته فهو كالصغير (غير سفيه) ابن عرفة وفى اعتبار تمثيل السفيه بعبده كالرشيد ولغوه قولان الذى ثبت عليه ابن القاسم لغوه (وعبد) ابن عرفة عن اللخمى وابن يونس لابن القاسم ان تمثيل المدبر لعبده والعبد بعبده لغو (وذمى بمثله) ابن عرفة تمثيل الذمى بعبده المسلم يعتقه (وزوجة ومريض فى زائد الثلث) ابن عرفة فى كون تمثيل ذات الزوج كابتداء عتقها أو لزوم عتقها به ولو كره الزوج نقلا اللخمى وعزا ابن يونس الأول لابن القاسم (ومدين) تقدم تمثيل المدبر لغو عند ابن القاسم (كقطع ظفر) من المدونة قطع الانملة مثلة ابن القاسم وغيره ان قطع ظفره أو ضرسه أو سنه عتق عليه (وقطع بعض أذن أو جسد) روى محمد ان قطع طرف اذنه أو بعض جسده عتق عليه (أو سن) تقدم قول ابن القاسم (أو سحلها) ابن شاس سحل الاسنان شين معناه يبردها حتى تذهب قاله مالك (أو خرم أنف) نقل ابن حبيب لو خرم أنف عبده عتق عليه (أو حلق شعر أمة رفيعة أو لحية تاجر) روى ابن الماجشون حلق رأس العبد النبيل والامة الرفيعة مثلة لا فى غيرها ابن الحاجب وحلق رأس الامة ولحية العبد ليس بشين الا فى التاجر المحترم والامة الرفيعة (أو وسم وجه بنار) ابن القاسم من كتب فى وجه عبده أو جبهته انه آبق عتق عليه وقاله أصبغ وأشهب وقال أصبغ ولو فعل ذلك فى ذراعيه وباطن جسده لم يعتق عليه وقال ابن وهب من عرف بالاباق فوسم سيده فى وجهه عبد فلان عتق عليه وكذلك لو فعله بمداد وابرة عتق عليه وقال أشهب لا يعتق عليه (لا غيره) تقدم قول أصبغ لو فعل ذلك فى ذراعيه أو باطن جسده لم يعتق عليه (ولا غيرها فيه قولان) ابن الحاجب وفى رسم وجهه بغير نار قولان (والقول للسيد فى نفى العمد) رجع سحنون الى أن من فقأ عين عبده أو عين امرأته فقولان فعل ذلك بنا عمدا وقال السيد والزوج بل أدبتهما فاخطأت أنه لا شئ على السيد ولا على الزوج حتى يظهر العداء والقول قول السيد والزوج (لا فى عتق بمال) من المدونة قال ابن القاسم واذا قال سيد العبد أعتقته على مال وقال العبد على غير مال فالقول قول العبد ويحلف

يعتق ولا يتبعه ماله وقال ابن وهب يعتق ويتبعه ماله انتهى (فرع) قال فى المدونة قال يحيى بن سعيد ويعاقب من مثل بعبده ويعتق عليه انتهى ص ﴿أو برقيق رقيقه﴾ ش شمل الرقيق المكاتب وليس كذلك قال فى المدونة وان مثل بعبد مكاتبه لم يعتق عليه وكان عليه الا أن يكون ما نقصه مثلة مفسدة فانه يضمنه ويعتق عليه وكذا فى عبد زوجته مع العقوبة فى تعمده انتهى ص ﴿أو لولد صغير﴾ ش يعنى وكذا يعتق عليه رقيق ولده الصغير اذا مثل به ومثل الصغير المولى عليه الكبير قال فى العتق الثانى من المدونة اثر كلامه المتقدم وكذلك ان مثل بعبد لابنه الصغير فانه يعتق عليه ان كان مليا ويغرم قيمته انتهى قال اللخمى فى كتاب العتق الثانى فصل ومثلته بعبد ولده الصغير كمثلته بعبد نفسه ان كان موسرا بقيمته وان كان معسرا لم يقوم عليه قال وهو بمنزلة ما لو أعتقه وليس بالبين لانه انما ألزم القيمة اذا أعتقه لانه ألزم ذلك رضى أن يأخذه لنفسه بقيمته وليس تعديه بالمثلة رضا بعتقه وتمثيله بعبد ولده الكبير بمنزلة مثلته بعبد غيره من الأجنبيين الا أن يكون الولد سفيها فى ولاية أبيه فيعتق على قول ابن القاسم انتهى ونقله ابن عرفة ونقله فى التوضيح وزاد بعد قوله من الأجنبيين ما نصه لا يعتق عليه الا أن تبطل منافعه انتهى وفى الفصل الرابع من القسم الثالث من تبصرة ابن فرحون مسئلة لو جنى رجل على عبد رجل جناية مفسدة غرم قيمته وعتق عليه وان كره سيده على الاصح وقيل ان اختار أخذه فله ذلك انتهى وقد تقدم للمصنف فى فصل التعدى حيث قال وعتق عليه ان قوم ولا منع لصاحبه فى الفاحش على الارجح انتهى والله أعلم (تنبيه) قال فى المقرب ومن مثل بعبيد امرأته عوقب وضمن ما نقص الا أن تكون مثلة فاسدة فيضمن قيمتهم ويعتقون عليه انتهى وتقدم لفظ المدونة فى ذلك فى القولة التى قبلها ص ﴿كقطع ظفر الى آخره﴾ ش هذه أمثلة المثلة وكذلك اذا خصاه قال فى عتقها الثانى وان قطع أنملة من أصبع عبده عمدا أو أحرق شيأ من عبيده بالنار على وجه العذاب أو خصاه قال ربيعة أو قطع حاجبيه قال مالك أو سحل أسنان أمته بالمبرد أو قلعها على وجه العذاب فهى مثلة يعتق عليه بها انتهى ونقله ابن أبى زمنين فى المقرب والمنتخب ولفظه قال مالك ومن خصى عبده عتق عليه انتهى وقال ابن أبى زيد فى مختصر المدونة

والمثلة التي يعتق بها العبد على سيده قطع وكذلك ان قطع أنملة العبد أو خصاه قال ربيعة أو قطع حاجبيه قال ابن القاسم أو قلع أسنانه على وجه العذاب وكذلك أفتى مالك وغيره في التي سحلت أسنان جاريتها ولو أحرقه بالنار على وجه العذاب عتق وان كواه تداويا لم يعتق انتهى وانظر اللخمي والزناتي وكلام التوضيح في أواخر الجهاد عند قول ابن الحاجب ولو سرق وافي معاهدتهم نص ما في التوضيح مالك وغيره وان خصاء المستأمن أو المعاهد عبده لا يعتق عليه وكأنه خصاه ببلده انتهى وكلام اللخمي والزناتي هو انهما جعلا العتق بالمثلة على أربعة أوجه يعتق في واحد ولا يعتق في ثلاثة فالذي يعتق فيه أن يكون عمدا على وجه العذاب والتي لا يعتق فيها أن يكون خطأ أو عمدا على وجه المداواة والعلاج أو شبيه بالعمد وليست بصريحة مثل أن يحذفه بسيف أو سكين فيبين منه عند ذلك عضو قال ابن دينار في شرح ابن مزين لا يكون مثلة بضربة أو رمية وان كان عامدا لذلك الا أن يكون عامدا للمثلة بضجعة فيمثل به وفي مثل ما يستقاد للابن من أبيه وهذا صحيح لأن الغالب شفقة الانسان على ماله وقد يريد تهديده ولا يريد خروجه عن ملكه بالعتق عن المثلة وقد يريد المثلة حقيقة فاذا احتمل فعله الوجهين حلف انه لم يقصد ذلك وترك وقال سحنون في كتاب ابنه اذا ضرب رأسه فنزل الماء في عينيه لم يعتق عليه لأنه يحتمل ان يكون قصد ضرب الرأس دون ما أحدث انتهى من اللخمي ونقله الزناتي وغيره فانظر على هذا اذا خصى الانسان عبده فان كان قاصدا لتعذيبه فانه يعتق عليه كما لو غار السيد منه فان رآه يتعرض لحريمه أو ما أشبه ذلك فقصد بخصائه تنكيله بذلك كما ورد عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما انه قال كان لزنباع عبد يسمى سندر بن سندر فوجده يقبل جارية له فجبه وجدع أنفه فعتقه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال من مثل بعبده وأحرقه بالنار فهو حر وهو مولى الله ورسوله ذكره اللخمي وغيره وان حصل للعبد في ذلك الموضع مرض فأدى علاجه ومداواته الى خصائه لم يعتق عليه وأما اذا خصاه لا لتعذيبه ولا لقصد المداواة بل ليزيد ثمنه فمفهوم أول كلام اللخمي انه لا يعتق عليه وان كان ذلك لا يجوز بالاجماع كما نقله الجزولي وغيره وقال القرطبي في تفسير قوله تعالى في سورة النساء ولأضلنهم ولم يختلفوا ان خصاء بني آدم لا يحل ولا يجوز وانه مثلة وتغيير لخلق الله وكذلك قطع سائر أعضائه من غير حد ولا قود قاله أبو عمران انتهى وقال في تفسير قوله تعالى فليغيرن خلق الله واعلم أن الوسم والاشعار مستثنى من نهيه صلى الله عليه وسلم عن شريطة الشيطان ومن نهيه عن تعذيب الحيوان بالنار والوسم الكي بالنار وأصله العلامة وثبت في صحيح مسلم عن أنس انه قال رأيت في يد رسول الله صلى الله عليه وسلم الميسم وهو يسم ابل الصدقة والفيء وغير ذلك حتى يعرف كل مال فيؤدى حقه ولا يتجاوز به الى غيره انتهى وفي المسائل الملقوطة مسئلة ولا يجوز بيع الخصي والمجبوب لأنه بمجرد الفعل عتق على مالكه وقيل يجوز بيعه اذا كان سيده كافرا انتهى

ص ﴿ وبالحكم جميعه ان أعتق جزأ ﴾ ش قال ابن رشد سألني سائل ان أوضح له معنى قول القاضي أبي محمد في التلقين ولا يجوز تبعيض العتق ابتداء ومن بعض العتق باختيار له أو بسببه لزمه تكميله كان البعض له أو لغيره بشرطين أحدهما وجود ثمنه والآخر بقاء ملكه وقيل في هذا يلزم في ثلثه وسواء كان أحد الثلاثة مسلما أو ذميا (فقلت) أما قوله ولا يجوز تبعيض العتق فهو كلام ليس على حقيقته ظاهره لأن تبعيض العتق هو ان يعتق الرجل بعض عبده أو شقصا له في عبد ومن فعل ذلك لزمه العتق ومضى بلا خلاف ولزمه فيه حكم وهو التتميم لأن النبي

(وبالحكم جميعه ان أعتق جزأ والباقي له) ابن شاس الخاصية الاولى العتق بالسراية من المدونة من أعتق جزأ من عبده عتق جميعه انتهى وانظر هل يجوز هذا ابتداء قال في التلقين لا يجوز تبعيض العتق ابتداء قال ابن رشد ليس هذا على حقيقته (كان بقي لغيره) من المدونة من أعتق شركا له في عبد باذن شريكه أو بغير اذنه وهو ملي قوم عليه حظ شريكه بقيمته يوم القضاء وعتق عليه

(ان دفع القيمة يومه) ابن الحاجب لو رضى الشريك باتباع ذمة المعسر لم يكن ذلك له على الاصح ومن المدونة اذا أعتق الملىء شقصاله فى عبد فاخذه شريكه بالقيمة على أن زاده فيها فذلك حرام قال ومن أعتق شركاله فى عبد وهو ملىء قوم عليه نصيب صاحبه بقيمته يوم القضاء (وان كان المعتق مسلما أو العبد) ابن شاس ان أعتق العبد المسلم كمل عليه مسلما كان العبد أو غير مسلم وان أعتق الذمى ففرق ابن القاسم فالزم التقويم اذا كان العبد مسلما وأسقطه اذا كان ذميا ولا خلاف فى التقويم اذا كان السيدان مسلمين وان كان العبد ذميا وأولى اذا كان الثلاثة مسلمين كما لا يختلف انا لا نلزمهما التقويم اذا كانوا ذميين ولو كان الشريكان ذميين والعبد مسلما ففى التقويم روايتان (وان أيسر بها أو ببعضها فمقابلها) ابن الحاجب قوم عليه الباقى بشرط أن يكون موسرا به * ابن شاس فان كان موسرا بالبعض لسرى بذلك القدر وهو نص المدونة (وفضلت عن متروك مفلس) من المدونة يباع عليه الكسوة ذات البال ولا يترك له الا كسوته التى لابد له منها وعيشه الايام * ابن شاس كما فى الديون التى عليه (وان حصل عتقه باختياره لا بارث) تقدم نص المدونة من ورث شقصا ممن يعتق عليه فلا يعتق منه الا ما ورث فقط بخلاف الشراء والهبة لانه جر ذلك الى نفسه لانه كان قادرا على دفعها (وان ابتدأ العتق (٣٣٧) لا ان كان حر البعض وقوم على الاول) ابن الحاجب قوم عليه بشرط أن يكون هو المبتدى لتبعيض العتق فان كان بعضه حرا لم يقوم عليه وكذلك لو كانوا جماعة فالتقويم على الاول ومن المدونة قال ابن القاسم اذا أعتق أحد الشريكين نصيبه وهو ملىء ثم أعتق شريكه نصف نصيبه عتق باقى حصته عليه لانه قد أتلف نصيبه بعتقه لبعضه ولا يقوم على الاول الا اذا أقيم عليه والعبد غير تالف (والا فعلى حصصهما ان أيسرا والا فعلى الموسر) من المدونة قال مالك لو كان العبد لثلاثة نفر فاعتق أحدهم نصيبه ثم أعتق الآخر نصيبه وهما مليان ثم أراد التمسك بالرق أو يضمن الثانى فليس له ذلك وانما له أن يضمن الاول لانه هو الذى ابتدأ الفساد فان كان الاول عديما فلا تقويم على الثانى ولو كان موسرا ولو أعتقا جميعا قوم عليهما ان كانا مليين فان كان أحدهما مليا والآخر معسرا قوم جميع باقيه على الموسر (وعجل فى ثلث مريض أمن) من المدونة اذا أعتق المريض شقصاله فى عبد أو نصف عبد يملك جميعه فان كان ماله مأمونا عتق عليه الآن جميعه وغرم قيمة حظ شريكه وان كان غير مأمون لم يعتق نصيبه ولا نصيب شريكه الا بعد موته فيعتق جميعه فى الثلث ويغرم قيمة حظ شريكه فان لم يحمله الثلث عتق منه مبلغه ورق ما بقى ولزمه عتق بقيته ان عاش (ولم يقوم على ميت) من المدونة ان أعتق أحد الشريكين حظه من عبد فى صحته فلم يقوم عليه حتى مات لم يعتق منه الا ما كان عتق ولا يقوم على ميت وكذلك لو فلس (لم يوص) ثالث الاقوال قول مالك ان أوصى بعتق نصيبه وتقويم حظ شريكه فأبى شريكه فانه لم يقوم عليه وقوم كاملا بماله * أبو عمران الذى اتفق عليه أصحابنا أنه يقوم على أن جميعه مملوك ثم يقوم على ما يسوى فى خبرته وصنعته وبماله وفى الرسالة قوم عليه نصيب شريكه بقيمته يوم يقام عليه (بعد امتناع شريكه من العتق) قال مالك لا يقوم الا بعد تخيير الشريك فى العتق والتقويم (ونقض له بيع شريكه) من المدونة ان أعتق أحد الشريكين حصته

صلى الله عليه وسلم انما قال من أعتق شركاله فى عبد قوم عليه قيمة العدل ولم يقل من أعتق شركاله فى عبد لم يجز ولو قال ذلك لوجب ان يرد عتق من أعتق بعض عبده أو شقصاله ولا يصح ان يطلق فى العتق أنه غير جائز الا فيما يجب رده كعتق عبد غيره فمراده رضى الله عنه بقوله ولا يجوز أى لا يجوز اقرار العتق مبعضا الا ان يمنع من تتميمه مانع وهذا مفهوم لا اشكال فيه وانما ذكرنا وجه مراده لنبين أنه ليس على حقيقة مقتضى كلامه وان فيه تجاوزا وللمخاطب ان يجاوز فى اللفظة اذا أمن اشكال المعنى انتهى (فرع) اذا أعتق أحد الورثة نصيبه من عبد من عبيد الميت فانه يقوم عليه ويعتق جميعه يفهم ذلك من كلامهم فى مسئلة من أقر ان أباه أعتق عبده ذكرها فى العتق الثانى فى المدونة ص * ان دفع القيمة يومه * ش أى يوم الحكم قال ابن الحاجب وعلى الاظهر يقوم يوم الحكم لا يوم العتق قال فى التوضيح هذا اذا أعتق نصيبه خاصة وأما ان عم العتق فيوم العتق كما ذكرناه من كلامه فى الجواهر ص * وعجل فى ثلث مريض أمن * ش هكذا قال فى كتاب العتق الثانى من المدونة (فرع) قال ابن عرفة قال ابن رشد فى ثانى مسئلة من رسم العتق من سماع أشهب من أعتق شقصا من عبده أو عبد بينه وبين شريكه فى المدونة لا خلاف ان ذلك من الثلث ما أعتق منه وما بقى ان مات من ذلك المرض ولم يصح منه واختلف فى تعجيل التقويم فى المرض على قولين أحدهما انه لا يعجل ولا ينظر فيه الا بعد الموت

وهو موسر ثم باع الآخر نصيبه نقض البيع وقوم على المعتق (وتأجيل الثانى) من المدونة اذا أعتق الملىء شقصاله فى عبد فليس لشريكه أن يعتق نصيبه الى أجل ما أعتق بتلا أوقوم على شريكه (وتدبيره) من المدونة ان أعتق الملىء شقصاله فى عبد وأعتق شريكه حصته الى أجل أودبر أو كاتب رد الى التقويم الا أن يبتله (ولا ينتقل بعد اختياره أحدهما) من المدونة ان أعتق نصيبه فى يسره فقال شريكه أنا أقوم عليه نصيبى ثم قال بعد ذلك أنا أعتق لم يكن له الا التقويم (واذا حكم ببيعه لعسر مضى) ابن الحاجب اذا حكم بسقوط التقويم لعسره فلا تقديم بعد ولو لم يحكم فأيسر ففى اثباته روايتان (كقبله ثم أيسر ان كان بين العسر وحضر العبد) من المدونة ان أعتق معسر شقصاله فى عبد فلم يقوم عليه حظ شريكه حتى أيسر فقال مالك قديما يقوم عليه ثم قال ان كان يوم أعتق يعلم الناس والعبد والمتمسك بالرق انه انما ترك القيام لانه ان خوصم لم يقوم عليه لعدمه فلا يعتق عليه وان أيسر بعد ذلك وان كان العبد غائبا فلم يقوم عليه حتى أيسر المعتق فنصيبه يقوم عليه بخلاف الحاضر (وأحكامه قبله كالقن) ابن القاسم ان مات العبد عن مال قبل التقويم أو قتل فقيمته وما ترك بينهما لان العتق لم يتم (ولا يلزم استسعاء العبد ولا قبول مال الغير) مالك لا يستسعى العبد اذا كان المعتق معسرا الا أن يتطوع سيده فذلك له وكذلك لو عرض للعبد أن يعطى ماله و يعتق لم يكن له وكذلك ما استفاد من مال قبل * ابن عرفة لانه معتق بعضه (ولا تخليد القيمة فى ذمة المعسر برضا الشريك) ابن الحاجب لو رضى الشريك باتباع ذمة المعسر لم يكن ذلك له على الأصح (ومن أعتق حصته الى أجل قوم عليه ليعتق جميعه عنده) من المدونة ان أعتق أحد الشريكين حظه من العبد الى أجل قوم عليه الآن ولم يعتق حتى الى الأجل (الا أن يبت الثانى فنصيب الاول على حاله) سمع عيسى ابن القاسم من أعتق حظه من عبد وأجله الى سنة وأعتق الآخر بتلا رجع ابن القاسم فقال أحسن ما فيه أن يكون على حاله ابن رشد هذا هو المنصوص عليه فى المدونة (وان دبر حصته تقاوياه ليرق كله أو يدبر) ابن الحاجب من دبر حصته لم يسر و يتقاوياه فيكون رقيقا كله أو مدبرا اللخمى المقاواة جنوح لجواز بيع المدبر وأتى بثلاثة أقوال زائدة على هذا (ولو ادعى المعتق عيبه فله استحلافه) الباجى لو ادعى المعتق عيبا بالعبد

وهو نص المدونة والثانى انه يعجل التقويم فى المرض وهو قائم من المدونة وعليه فلا ينفذ العتق حتى يصح فيكون من رأس المال أو يموت فتكون القيمة من الثلث ينفذ فيه ما حمل منها و رق الباقى للورثة أو الشريك وسواء كان له مال مأمون أو لم يكن وقيل ان هذا انما يكون ان لم يكن له مال مأمون وأما ان كان له مال مأمون عتق فى المرض جميعه ان كان له مال وقوم عليه فيه حظ شريكه ان كان له شريك وهو أحد قولى مالك فى المدونة انتهى ص ﴿ وتأجيل الثانى أو تدبيره ﴾ ش يريد اذا كان الاول موسرا وأما ان كان معسرا الا اعتراض على الثانى فيما فعل نقله فى التوضيح ص ﴿ واذا حكم ببيعه لعسر مضى ﴾ ش قد تقدم ان من أعتق حصته فى عبد وكان موسرا قوم عليه نصيب شريكه وانه لا يجوز لشريكه بيعه و يفسخ بيعه ان فعل فان كان معتق الحصة معسرا ابقى سهم شريكه رقيقا يجوز له بيعه فقال المؤلف رحمه الله هنا واذا حكم ببيعه لعسر أى اذا حكم بجواز بيع البعض الباقى من العبد المعتق بعضه لعسر المعتق مضى الحكم بذلك ولا ينقض ليسره ثانية قال فى أواخر العتق الاول منها واذا أعتق أحد الشريكين وهو معسر فرفع الى الامام فلم يقوم عليه لعسره ثم أيسر بعد ذلك فاشترى حصة شريكه لم يعتق ولو رفع ذلك الى الامام فلم يقوم عليه ولا نظر فى أمره حتى أيسر لقوم عليه انتهى وفرض المسئلة فى المدونة فيما اذا أعتق وهو معسر وكلام المؤلف وابن الحاجب شامل لذلك وأما اذا أعتق فى حال يسره ولم يرفع أمره الا بعد عسره فحكم القاضى بعدم التقويم عليه فالظاهر انهما سواء وقد قال فى المدونة قبله بيسير وان أعتق فى يسره ثم قيم عليه فى عسره فلا شك أنه لا يقوم عليه انتهى و يريد فى المدونة بقوله المتقدم ولو رفع ذلك الى الامام الى آخره ما لم يكن بين العسر كما سيأتى فى المسئلة الآتية فانه ذكرها فى المدونة قبلها ص ﴿ كقبله ثم أيسر ان كان بين العسر ﴾ ش يشير الى قوله فى المدونة وان أعتق معسر شقصاله فى عبد فلم يقوم عليه شريكه حتى أيسر فقال مالك قديما انه يقوم عليه ثم قال ان كان يوم أعتق يعلم الناس والعبد والمتمسك بالرق انه انما ترك القيام لأنه ان خوصم لم يقوم عليه لعدمه فلا يعتق عليه وان أيسر بعد ذلك وأما لو كان العبد غائبا فلم يقوم حتى أيسر المعتق لنصيبه لقوم عليه بخلاف الحاضر وان أعتق فى يسره فلم يطالب حتى أعسر ثم أيسر فقام شريكه حينئذ قوم عليه انتهى ص ﴿ الا أن يبت الثانى فنصيب الاول على حاله ﴾ ش

وأنكره شريكه ففي وجوب حلفه قولان القول الاول هو ثاني قولي ابن القاسم (وان أذن السيد أو أجاز عتق عبده جزأ قوم في مال السيد وان احتيج لبيع المعتق) ابن الحاجب اذا أذن السيد أو أجاز عتق عبده جزأ قوم في مال سيده وان احتيج الى بيع المعتق (وان أعتق أول ولد لم يعتق الثاني ولومات) من المدونة من قال لامة أول ولد تلدينه حر فولدت ولدين في بطن واحد عتق أولهما خروجا فان خرج الاول ميتا فلا عتق للثاني (فان أعتق جنينا أو دبره فحر وان لاكثر الحمل الا لزوج مرسل عليها فلاقل الحمل) من المدونة ان أعتق ما في بطن أمته أو دبره وهي حامل يومئذ فما أتت به من ذلك الحمل الى أقصى حمل النساء فحر او مدبر ان كان لها زوج ولا يعلم ان بها حملا يوم عتقه فلا يعتقها هنا الا ما وضعته لاقل من ستة أشهر من يوم العتق ولو كانت الامة يوم العتق ظاهرة الحمل من زوج أو غيره عتق ما أتت به ما بينها وبين أربع سنين قال غيره ان كان الزوج مرسلا عليها وليست بينة الحمل أنظرت الى حد ستة أشهر وان كان غائبا أو ميتا فولدت الى أقصى أمد النساء فهو حر (وبيعت وان سبق العتق دين ورق ولا يستثنى ببيع أو عتق) من المدونة قال ابن القاسم الذي يعتق ما في بطن أمته في صحته لا تباع وهي حامل الا في قيام دين استحدثه السيد قبل عتقه أو بعده فتباع اذا لم يكن له مال غيرها ويرق جنينها اذ لا يجوز استثناؤه فاما ان قام الغرماء بعد الوضع فانظر فان كان الدين بعد العتق عتق الولد من رأس المال ولدته في مرض السيد أو بعد موته وتباع الام وحدها في الدين ولا يفارقها ولدها وان كان الدين قبل العتق بيع الولد للغرماء ان لم تف الام بدينهم (ولم يجز شراء ولي من يعتق على ولد صغير بماله) اللخمي يختلف هل يجوز للاب أن يشتري لولده الصغير من يعتق عليه فمنعه ابن القاسم (ولا عبد لم يؤذن له من يعتق على سيده) من المدونة ان اشترى عبد غير مأذون له من يعتق على سيده لم يجز شراؤه (وان دفع عبد مالا لمن يشتريه به فان قال اشترني لنفسك فلا شئ عليه ان استثنى ماله والا غرمه كلتعتقني وبيع فيه ولا رجوع له على العبد والولاء له) من المدونة اذا دفع العبد مالا لرجل وقال له اشترني لنفسك أو دفعه اليه ليشتريه ويعتقه ففعل الرجل ذلك فالبيع لازم فان كان المشتري استثنى مال العبد لم يغرم الثمن ثانية وان لم يستثنه فليغرم الثمن ثانية للبائع ويعتق الذي شرط العتق ولا يتبعه الرجل بشئ ويرق له الآخر وان لم يكن للمشتري مال رد عتق العبد وبيع في ثمنه فان كان فيه وفاء أعطاه السيد وان كان فيه فضل عتق منه بقدر ذلك الفضل ولو بقي من الثمن شئ بعد بيع العبد كان في ذمة الرجل (وان قال لنفسي فحر وولاؤه لبائعه ان استثنى ماله والا رق) ابن المواز ان قال له العبد اشترني بهذا المال لنفسي ففعل واستثنى له ماله فهو حر مكانه لانه ملك نفسه وولاؤه لسيد البائع وان لم يستثن ماله عاد رقا لبائعه والمال له ولا يتبع المشتري بثمنه كان مليا أو معدما (وان أعتق عبيدا في مرضه أو أوصى بعتقهم ولو سماهم ولم يحملهم الثلث أو أوصى بعتق ثلثهم أو بعدد سماه من أكثر أقرع) أما مسئلة من أعتق عبيدا في مرضه أو أوصى بعتقهم فقال أبو عمر لم يختلف قول مالك فيمن أوصى بعتق عبيده في مرضه ولا مال له غيرهم انه يقرع بينهم فيعتق ثلثهم بالسهم ولم يختلف أكثرهم ان هذا حكم من أعتق عبيده في مرضه بتلا ولا مال له غيرهم الا أشهب وأصبغ فانهما قالا انما القرعة في الوصية ابن عرفة والقرعة لقف لتعيين سهم العتق له بخروج اسمه من مختلط به باخراج يمتنع فيه قصد عينه وأما مسئلة اذا سماهم فقال سحنون يفرق عندنا اذا سمى أو لم يسم فاذا سمى فقال ميمون ومرزوق حران فانهما يتحاصان في ضيق الثلث وان قال عبداي حران أو قال غلماني أحرار اقرع بينهم وكذلك قال ابن المواز وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون سواء سماهم أو لم يسم انه يقرع بينهم ووجه ابن يونس كل واحد من القولين ولم يعز لمالك ولا لابن القاسم منهما قولا وأما مسئلة اذا أوصى بعتق ثلثهم ففي المدونة ان قال ثلث رقيقي أحرار أو نصفهم أو ثلثاهم عتق منهم من سمى بالقرعة ان حمله الثلث والا فما حمل الثلث مما سمى وأما اذا أوصى بعدد سماه من أكثر ففي المدونة ان قال في مرضه عشرة من رقيقي أحرار وهم ستون أعتق سدسهم خرج السهم على أكثر من عشرة أو أقل قال مالك اذا دبر في مرضه جماعة عبيده في كلمة واحدة لم يبدأ أحدهم على صاحبه وعتق من كل واحد ثلثه اذا لم يكن له مال غيرهم ولا يفرق بينهم واذا أوصى بعتقهم أقرع بينهم فيعتق ثلثهم ويرق باقيهم والكل عتق لا ينفذ الا بعد الموت (كالقسمة)

ظاهر كلامه انه لا يمنع التقويم الا اذا بت الثاني وانه لو أعتق الثاني نصيبه الى ذلك الاجل لم يمنع وليس كذلك بل الحكم كذلك اذا أعتق الثاني حصته الى الاجل الذي أعتق الاول اليه قاله ابن رشد في رسم أوصى وفي رسم جاع من سماع عيسى من كتاب العتق ونقله ابن عرفة ونقله المصنف في التوضيح عن ابن القاسم في العتبية ص ﴿ وان أعتق عبيدا في مرضه الى قوله أقرع ﴾ ش أنظر هذا مع قوله في التوضيح قال في الوصايا ان المدبرين في الصحة اذا تعاقبوا اقدم الاول فالاول والا

ابن الحاجب طريق القرعة أن يقوم العبد وتكتب أسماؤهم كالقسمة فمن خرج اسمه عتق حتى ينتهى الى كمال الثلث بواحد أو ببعضه (الا أن يرتب فيتبع) اللخمى من أعتق عبيده واحدا بعد واحد بدىء بالأول لانه ليس له أن يحدث ما ينقض عتق الاول ابن عرفة نحو هذا قول ابن شاس لو أعتق على ترتيب فالسابق مقدم (أو يقول ثلث كل أو انصافهم أو اثلاثهم) من المدونة من قال عند موته أنصاف رقيقى أو أثلاثهم أحرار أو ثلث كل رأس ونصف كل رأس عتق من كل واحد منهم ما ذكر ان حمل ذلك ثلثه ولا يبدأ بعضهم على بعض قال ابن القاسم وان لم يحمل ثلثه عتق ما حمل ثلثه مما سمى بالحصاص من كل واحد منهم بغير سهم يريد ولو وسعهم الثلث عتق جميعهم الا أن تكون وصية ابن يونس ويفترق فى هذا الصحة من المرض أو الوصية فان قال ذلك صحيح عتق عليه ثلث كل رأس واستقر عليه ما بقى من كل رأس وان قاله مريض فمات عتق ما سمى واستتم عليه ما بقى فى ثلثه وان قاله فى وصية عتق من كل واحد منهم ثلثه فقط لانه أوقعه فى حال صار ماله لورثته كما لو أعتق شقصا حينئذ (واتبع سيده بدين ان لم يستثن ماله) من المدونة من أعتق عبده وللعبد على السيد دين فله أن يرجع به على سيده الا أن يستثنيه السيد أو يستثنى ماله مجملا فيكون ذلك له لان العبد اذا أعتق تبعه ماله (ورق ان شهد شاهد برقه أو تقدم دين وحلف) من المدونة من ادعى على رجل انه عبده لم يحلفه وان جاء بشاهد حلف معه واسترقه وكذلك من أعتق عبده ثم قضى على السيد بدين تقدم العتق بشاهد ويمين فذلك يرد به العتق (واستؤنى بالمال ان شهد بالولاء شاهد) من المدونة ان شهد شاهد واحد ان هذا الميت مولى فلان أعتقه استؤنى بالمال فان لم يستحقه غيره قضى له به مع يمينه ولا يحوز بذلك الولاء (أو اثنان انهما لم يزالا يسمعان انه مولاه) من المدونة ان شهد شاهدان انهما سمعا ان هذا الميت مولى لفلان لا يعلمان له وارثا غيره استؤنى بالمال فان لم يستحقه غيره قضى له به مع يمينه ولا يجر بذلك الولاء وقال أشهب يكون له ولاؤه بشهادة السماع ابن رشد ويتخرج فيها قول ثالث أنه لا يثبت بها نسب ولا يستحق بها مال لانه لا يستحق الا بعد ثبوت النسب أو الولاء (أو وارثه وحلف ولا يجر بذلك الولاء) روى يحيى عن ابن القاسم اذا لم يكن للميت وارث معروف النسب وأتى من يدعى انه ولده أو زوجه أو غير ذلك من قرابته وأقام شاهدا قضى له بالمال بالشاهد واليمين ولم يثبت نسبه ولا للمرأة نكاح ولو كان للميت بنت كان له ما فضل عنها والمنصوص ان شهادة البنت يكفى فيها الواحد بخلاف الشهادة فى السماع لا بد من اثنين (وان شهد أحد الورثة أنه أقر أن أباه أعتق عبدا لم يجز ولم يقوم عليه) من المدونة ان شهد أحد الورثة وأقر بأن أباه أعتق هذا العبد فى صحته أو فى مرضه والثلث يحمله فأنكر ذلك بقيتهم لم تجز شهادته ولا اقراره ولا يقوم عليه اذ ليس هو المعتق فيلزمه التقويم وجميع العبد رقيق ويستحب للمقر أن يبيع حصته من العبد فيجعل ثمنه فى رقبة يعتقها ويكون ولاؤها لابيه ولا يجبر على ذلك وما لم يبلغ رقبة أعان به فى رقبة فان لم يجد ففى آخر نجم مكاتب وكذلك فى اقرار غير الولد من سائر الورثة وانظر رسم القطعان من سماع عيسى ان كان الذى شهد به أنه أعتق واحدا من عبيده فانه يقسم بالقرعة فان جاء فى نصيبه عتق (وان شهد على شريكه بعتق نصيبه فنصيب الشاهد حر ان أيسر شريكه والا كثر على نفيه كعسره) من المدونة قال ابن القاسم ان شهد رجل بان شريكه فى العبد أعتق حصته والشاهد موسر او معسر فان كان المشهود عليه موسرا فنصيب الشاهد حر لانه أقر أن ماله على المشهود عليه قيمة وان كان معسرا لم يعتق من العبد شىء قال غيره ذلك سواء ولا يعتق منه شىء كان المشهود عليه موسرا أو معسرا قال سحنون وهذا أجود وعليه جميع الرواة وقاله ابن القاسم أيضا اذ لو جاز هذا لم يشأ شريك أن يعتق حصته بغير تقويم الا فعل

فالمشهور انه يعتق منهم بالحصص وقيل يقرع بينهم انتهى الا أن يقال ما فى الصحة لا قرعة فيه وقد صرح هنا فى التوضيح بان العتق فى الصحة لا قرعة فيه فتأمله والله أعلم ص ﴿أو أثلاثهم﴾ ش يعنى فيعتق من كل واحد ثلثه قال أبو الحسن فى أول كتاب الوصايا قال عبد الحق لو قال أثلاث رقيقى لفلان فان لفلان ثلثهم بالقرعة بخلاف ما لو قال أثلاث رقيقى أحرار لانه فى الوصية يكون شريكا فى كل واحد ومن له شرك فى رقيق جمع نصيبه فى شىء بعينه عند ابن القاسم فليس كالعتق الذى لا بد ان يكون فى جميعهم اذ لا يستبد به بعضهم دون بعض والوصية لهم واحدة انتهى وقال فى المدونة ومن قال عند موته أثلاث رقيقى أو أنصافهم أحرار أو ثلث كل رأس أو نصف كل رأس أعتق من كل واحد منهم ما ذكر ان حمل ذلك ثلثه ولا يبدأ بعضهم على بعض انتهى (فرع) واذا قال عبيدى أحرار فلان وفلان وسكت عن باقيهم فهل يعتق جميعهم ومن سمى أنظر أحكام ابن سهل فى الوصايا والمشذالى فى الوصايا الاول

﴿ باب ﴾ (التدبير تعليق مكلف رشيد وان زوجة فى زائد الثلث العتق بموته لا على وصية كان مت من مرضى أو سفرى هذا أو بعد موتى ان لم يرده أو لم يعلقه أو حر بعد موتى بيوم) ابن الحاجب التدبير عتق معلق على الموت على غير الوصية قال أما ان مت من مرضى هذا أو سفرى هذا فوصية لا تدبير وسيأتى قول ابن القاسم انه ان قال أنت حر بعد موتى فهى وصية الا أن يريد التدبير كما اذا علق على شئ مثل أن يقول ان فعلت كذا فعبدى حر بعد موتى فانه تدبير وسيأتى أيضا نص ابن يونس فى أنت حر بعد موتى بيوم انها وصية اللخمى قال مالك التدبير أوجبه على نفسه فوجب عليه والوصية بالعتق عهدة ان شاء رجع فيها والامر فى هذين العتقين فى موجب اللسان واحد * ابن شاس ومن أركان التدبير الأهل فلا يصح التدبير من المجنون وغير المميز وينفذ فى المميز ولا ينفذ من السفيه ابن عرفة المدبر هو السالم عن محض التبرع سمع ابن القاسم ينبذ من ذات الزوج وان لم يكن لها سوى ما دبرت قال ابن القاسم وفرق بين عتقها وتدبيرها لان التدبير لا يخرج من يدها شيأ هو موقوف معها حتى يخرج من ثلثها فلا حجة لزوجها انما هو وصية سحنون هذا خطأ ابن رشد روى عن مالك أيضا مثل قول سحنون والذى لابن يونس ما نصه قال ابن القاسم من قال فى مرضه ان مت فى مرضى فعبدى فلان مدبر فهو تدبير لازم ولا رجوع فيه وقاله ابن كنانة وقال ابن رشد ان قيد تدبيره بمرض أو سفر أو ما أشبه ذلك مما قد يكون أو لا يكون مثل أن يقول أنت مدبر ان مت من مرضى هذا أو سفرى هذا أو فى هذا البلد أو أنت مدبر اذا قدم فلان وما أشبه ذلك فقال ابن القاسم فى العتبية انها وصية وليس بتدبير وله أن يرجع عنه فى مرضه ذلك ويبيعه ان شاء وقال فى كتاب ابن المواز وكتاب ابن سحنون انه تدبير لازم وهذا الخلاف عندى قائم من المدونة راجع المقدمات واتفق قول ابن القاسم انه اذا قال أنت حر بعد موتى أو اذا مت انه محمول على الوصية حتى يتبين انه أراد التدبير وخالفه أشهب ولكلا القولين أعنى قول ابن القاسم وأشهب وجه من النظر ولو قال ان فعلت كذا وكذا فعبدى حر بعد موتى ففعله لكان مدبرا لا رجوع فيه على قولهما جميعا لوجوب العتق عليه بعد الموت بالحنث قال ابن عرفة فالمعلق أشد من غير المعلق والمطلق أخف من المعلق وأما ان علق العتق على الموت كانت حر بعد موتى أو اذا مت فقال ابن القاسم انه وصية حتى يريد التدبير وقال أشهب هو تدبير وقد تقدم قول ابن رشد ان لكلا القولين وجها وأما ان لم يعلق التدبير على الموت فقال ابن رشد التدبير عقد من عقود الحرية يلزم من التزمه ويجب على من أوجبه على نفسه قال وهذا اذا كان مطلقا غير مقيد وقد تقدم اذا قيده قال وصفة التدبير المطلق اللازم أن يقول الرجل فى عبده هو مدبر أو حر عن دبر منى أو حر بعد موتى لا يغير عن حاله ابن شاس فان اقتصر على أنت حر بعد موتى فوصية ما لم ينو بها التدبير ومن المدونة اذا قال أنت حر بعد موتى بيوم أو شهر فهو من الثلث ويلحقه الدين ابن يونس يريد وهذه وصية له الرجوع فيها (بدبرتك) ابن شاس من أركان التدبير اللفظ وصريحه دبرتك ونحوه وقد تقدم قوله ان لم يرده فمفهوم الشرط ان التدبير بدون لفظ دبر (أو مدبر أو حر عن دبر منى) قال ابن القاسم من قال لعبده أنت مدبر أو حر عن دبر منى فهو مدبر يمنع بيعه وتقدم نص ابن رشد بهذا وان منه هو حر بعد موتى لا يغير عن حاله (ونفذ تدبير نصرانى لمسلم وأوجر له) من المدونة ان أسلم مدبر أو ابتاع مسلما أو دبره أجبرناه عليه وقبض غلته ولا يتعجل رقه بالبيع وهو قد يعتق بموت سيده فان أسلم رجع اليه عبده وكان له ولاء الذى دبره وهو نصرانى وأما ولاء الذى دبره وهو مسلم نفذ العقد وولاؤه للمسلمين فلا يرجع اليه وان أسلم وان لم يسلم حتى مات عتق فى ثلثه وكان ولاؤه للمسلمين الا أن يكون للنصرانى ولد وأخ مسلم ويكون له ولاء الذى دبره وهو نصرانى ابن يونس اذا أسلم مدبر النصرانى فآجرناه عليه وقبض السيد اجارته وأتلفها ثم مات قبل أن يخدم العبد من الاجارة شيئا ولم يترك غيره فان رضى العبد أن يخدم مدة الاجارة لرغبته فى عتق جميع ثلثه فذلك له (وتناول الحمل معها) من المدونة اذا دبر حاملا فولدها مدبر بمنزلتها (كولد مدبر من أمته بعده) من المدونة ما ولد للمدبر من أمته بعد التدبير قبل موت السيد أو بعده فمدبر مثله وانظر ان كانت حاملا ففرق بينها وبين المدبرة (وصارت أم ولده ان عتق) من المدونة كلما ولد للمدبر من أمته مما حملت به بعد عقد التدبير فهو بمنزلته يعتق معه فى الثلث فاذا أعتقا كانت الام أم ولد بذلك له كان الولد الآن حيا أو ميتا ولمالك

ص ﴿ باب ﴾

﴿ التدبير تعليق مكلف رشيد وان زوجة فى زائد الثلث العتق بموته لا على وصية ﴾ ش هذا نحو قول ابن الحاجب عتق معلق على الموت على غير وصية قال ابن عرفة رده ابن عبد السلام بانه تعريف بالاضافيات وذكروا انه يجتنب فى التعريفات لاجماله ابن عرفة ماذكره عنهم من اجتناب الاضافيات لا أعرفه حسبما تقرر فى موضعه وليست الاضافة ملزومة للاجمال ولذا وقعت فى

قول آخر (وقدم عليه الأب فى الضيق) أنظر هذا وابن يونس ماولدت المدبرة أو ولد المدبر من أمته بعد التدبير فبمنزلتهما والمحاصة بين الآباء والابناء فى الثلث و يعتق ماحمل الثلث من جميعهم بغير قرعة يعنى هاهنا ان المدبرة سواء كان حملها قبل التدبير أو بعده بخلاف حمل أمة المدبرة قبل التدبير هو رق لسيده (وللسيد نزع ماله ان لم يمرض) من المدونة قال ليس للغرماء أن يجبروا المفلس على انتزاع مال أم ولده أومدبره وله هو انتزاعه ان شاء لقضاء دينه أو ينتزعه على غير هذا الوجه ان شاء لنفسه وأما ان مرض ولا دين عليه فليس له انتزاعه لأنه انما ينتزعه لورثته ابن يونس لانهم لم يعاملوه على أن يجبروه على مثل هذا كما لم يجبروه على قبول الهبة ان وهبت له وان مرض ولا دين عليه فليس له أن ينتزعه لانه انما ينتزعه لورثته وفى التفليس ينتزعه لنفسه (ورهنه وكتابته) اللخمى قال مالك للسيد ان يرهن مدبره اللخمى وان كاتب السيد مدبره جاز فان أدى عتق والابقى مدبرا (لا لاخراجه

لغير حرية) من المدونة لايجوز بيع المدبر ولا هبته ولا الصدقة به وكان ابن لبابة يجيز بيع المدبر اذا تخلق على مولاه (وفسخ بيعه) الجلاب من باع مدبرا فسخ بيعه (ان لم يعتق كالمكاتب) الجلاب ان أعتقه مبتاعه قبل فسخ بيعه ففى ذلك روايتان احداهما ان عتقه ناجز غير مردود وهذا قول ابن القاسم ويستحب للبائع ان يجعل الفضل من ثمنه عن قيمته فى مدبر مثله ومن المدونة لاتباع رقبة المكاتب فان بيعت رد البيع مالم يفت بعتق وقال عبد الوهاب قال مالك لايجوز لسيد المدبر أن يبيعه ممن يعتقه ويجوز له أن يأخذ مالا من رجل ويعجل عتقه والعتق فى الموضعين موجود مع العوض (وان جنى فان فداه والا أسلم خدمته تقاضيا) الجلاب وان جنى المدبر جناية فجنايته فى خدمته دون رقبته والسيد بالخيار فى افتكاكه بارش جنايته وفى اسلام خدمته الى المجنى عليه ليخدمه ويقاصه بارش خدمته من ارش جنايته فان استوفى ذلك والسيد حى رجع اليه فكان مدبرا على حاله وان مات السيد قبل ذلك وله مال راجع التفريع ونحو هذا كله فى المدونة (وحاصه مجنى عليه ثانيا) عبارة الجلاب ان جرح واحدا أسلم اليه فان جرح آخر بعد ذلك تحاصا فى خدمته (ورجع ان وفى) تقدمت عبارة الجلاب ان استوفى ذلك والسيد حى رجع اليه فكان مدبرا على حاله (وان عتق بموت سيده اتبع بالباقى) الجلاب ان مات السيد قبل ذلك وله مال يخرج من ثلثه عتق وكان مابقى من ارش جنايته دينا فى ذمته وكان ثلثامابقى معلقا بخدمته والورثة بالخيار فى اسلام ثلثيه وفى افتكاكه بثلثى مابقى من ارش جنايته (وقوم بماله

نعم يفاتهم كثيرا كقول القاضى القياس حمل معلوم باضافة حمل الى معلوم وقولهم فى التناقض هو اختلاف قضيتين ولو اعترضه بالتركيب وهو وقف معرفة المعرف على معرفة حقيقة أجنبية عنه ليست أعم ولا أخص كان صوابا انتهى يعنى بالحقيقة الاخرى الوصية ص ﴿ وقدم الاب على غيره فى الضيق ﴾ ش هذا الذى مشى عليه المؤلف هو الذى استظهره ابن عبد السلام من عند نفسه بعد أن قال ان المنقول خلافه واختصر المصنف كلامه فى التوضيح ونصه واذا كان الابن بمنزلة أبيه فهل يحاص أباه عند ضيق الثلث على المشهور فى المدبرين فى كلمة واحدة خلافا لابن ناجى الذى يقول يعتق منهم محمل الثلث بالقرعة أو يكون الاب مقدما فى الثلث لأنه تقدم تدبيره على تدبير ولده كالمدبرين أحدهما بعد الآخر ابن عبد السلام والثانى هو الظاهر والاول هو المنقول فى المدونة وغيرها انتهى فكلامه صريح فى أن الذى استظهره خلاف المنقول ونص المدونة ماولدت المدبرة أو ولد للمدبر من أمته بعد التدبير قبل موت السيد أو بعده بمنزلتهما والمحاصة بين الآباء والابناء فى الثلث و يعتق محمل الثلث من جميعهم بغير قرعة انتهى قال الشيخ أبو الحسن قوله والمحاصة الى آخره الشيخ لئلا يتوهم أنه يؤثر الآباء على الابناء كما فى الحبس وفى مسئلة الحبس خلاف انتهى ص ﴿ وفسخ بيعه ان لم يعتق ﴾ ش أى فان أعتقه المشترى فان عتقه ينفذ ولا يفسخ البيع ويكون الولاء للمشترى ويكون جميع الثمن سائغا للبائع ولا يرجع عليه المبتاع بشئ وقاله جميعه فى المدونة (فرع) قال أبو الحسن فى كتاب التدبير من شرح المدونة لو غاب المدبر يعنى المبيع فعمى خبره قال أصبغ القياس عندى اذا استعفى أمره فأيس منه أن ينزل منزلة الموت كما تعتد امرأة المفقود وعدة الميت دون الحى قال ابن المواز هذا غلط وقد طلب عمر رضى الله عنه رد المدبرة التى باعت عائشة رضى الله عنها فلم يجدها فأخذ الثمن فجعله فى جارية يدبرها وقال ابن المواز عن ابن القاسم يجعل ثمنه كله فى مدبر قال أصبغ هذا استحسان انتهى أنظر البيان فى أول رسم من سماع أصبغ من كتاب المدبر ص ﴿ وقوم بماله فى الثلث ﴾ ش هذا هو المشهور فى المذهب (فرع) فان دبره السيد فى صحته واستثنى ماله بعد موته يعنى بعد موت السيد جاز ذلك

فان لم يحمل الثلث الابعضا عتق وأقر ماله بيده) نحو هذا في المدونة وقال ابن الحاجب يقوم بعد وفاة سيده بماله قاله ابن القاسم فان حمله الثلث عتق والا عتق منه بعضه وأقر ماله بيده قال ابن القاسم اذا كانت قيمة المدبر مائة دينار وماله مائة دينار وترك سيده مائة دينار فانه يعتق نصفه ويقر ماله بيده لان قيمته بماله مائتان ولا ينزع منه شئ هذا قول مالك (وان كان لسيده دين مؤجل على حاضر موسر بيع بالنقد) اللخمى اذا ضاق الثلث وكان للسيد دين على حاضر مؤجل بيع بالنقد (وان قربت غيبته استؤنى قبضه) اللخمى ان كان على غائب قريب الغيبة وهو حال استؤنى بالعتق حتى يقبض الدين (والا بيع) اللخمى وان كان بعيد الغيبة أو على حاضر معدم بيع المدبر للغرماء الآن (وان حضر الغائب أو أيسر المعدم بعد بيعه عتق منه حيث كان) اللخمى فان قدم بعد ذلك الغائب أو أيسر المعدم والعبد بيد الورثة عتق فى ثلث ذلك بعد قضاء الدين واختلف اذا خرج عن أيديهم ببيع فقال ابن القاسم فى العتبية يكون للورثة ولا شئ للمدبر فيه وقال عيسى وأصبغ يعتق منه حيث كان وهو ظاهر المدونة والاول أقيس (وأنت حر قبل موتى بسنة ان كان السيد مليا لم يوقف واذا مات نظر فان صح اتبع بالخدمة وعتق من رأس المال والا فمن الثلث ولم يتبع وان كان غير ملى يوقف خراج سنة ثم يعطى السيد ما وقفه مما خدم نظيره) هذا رابع الأقوال فى هذه المسئلة وهو أحد قولى ابن القاسم واقتصر عليه ابن شاس وابن الحاجب ومضمنه (٣٤٣) انه اذا قال له أنت حر قبل موتى بسنة فانه ينظر فان كان السيد مليا ترك له عبده يستخدمه فاذا مات السيد نظر أيضا ثانيا فان كان الاجل حل والسيد صحيح عتق من رأس المال وأعطى أيضا من رأس مال سيده قيمة خدمته سنة وان كان الاجل حل فى مرض موت السيد عتق من ثلثه ولا رجوع له بخدمته وان كان السيد يوم قال أنت حر قبل موتى بسنة عديما فان العبد يخارج ويوقف خراجه فاذا مضت سنة وشهر بعدها فيوقف خراج هذا الشهر ويعطى السيد خراج أول شهر من السنة الماضية كلما مضى شهر من هذه أعطى خراج شهر من تلك (وبطل التدبير بقتل سيده عمدا) قال ابن القاسم فى مدبر قتل سيده عمدا لا يعتق فى ثلث ولا دية ويباع ولا يتبع بشئ وانظر اذا قتله خطأ (وباستغراق الدين له وللتركة وبعضه بمجاوزة الثلث) ابن شاس يرتفع التدبير بقتل سيده عمدا أو باستغراق الدين له وللتركة أو بمجاوزة الثلث وهذا القسم يدفع كمال الحرية لا أصلها فاذا دبر عبدا لا مال له غيره عتق بموته ثلثه (وله حكم الرق وان مات سيده حتى يعتق فيما وجد حينئذ) من المدونة وللمدبر حكم الارقاء فى خدمته وحدوده وان مات السيد حتى يعتق فى الثلث وانما ينظر الى قيمته يوم النظر فيه لا يوم يموت السيد وانظر اذا كانت أمة فدبرها أو قال لها أنت حرة اذا مات فلان نقل ابن يونس له وطؤها فى الوجه الواحد بخلاف الآخر وتعتق الواحدة من الثلث والأخرى من رأس المال وقال فى المدونة ولا بأس بوطء المدبرة والموصى بعتقها (وأنت حر بعد موتى وموت فلان عتق من الثلث أيضا) اللخمى ان قال أنت حر بعد موتى وموت فلان كان حرا من الثلث فان مات السيد آخرهما ولم يحمله الثلث عتق منه ما حمل الثلث ورق الباقى وان مات السيد أولا خير الورثة وتكون لهم الخدمة حتى يموت فلان أو يعتق منه ما حمل الثلث بتلا ويرق الباقى (ولا رجوع) من المدونة قال مالك اذا قال لعبده أنت حر بعد موتى وموت فلان فهو من الثلث قال ابن القاسم وكانه قال ان مات فلان فأنت حر بعد موته وان مت فأنت حر بعد موتى

فاذا مات السيد قوم المدبر ببدنه بغير ماله ويصير ماله من أموال السيد وكذلك اذا دبره فى مرضه واستثنى ماله ومنع من ذلك ابن كنانة وقال ليس مما جاءت به السنة ويتبعه ماله قاله فى أول سماع ابن القاسم من كتاب المدبر ص ﴿ فان لم يحمل الا بعضه عتق وأقر ماله بيده ﴾ ش أى أقر ماله كله بيده وقاله فى المدونة ونقله ابن عرفة وغيره وقوله فى التوضيح أقر بيده نصف ماله سهو والله أعلم ص ﴿ وأنت حر قبل موتى بسنة الى آخره ﴾ ش هذه المسئلة فى رسم يوصى من سماع عيسى من ابن القاسم من كتاب العتق قال ابن رشد فيها بعد ذكره قول ابن القاسم قال الموثقون وعلى قياس هذه الرواية ان من أراد أن يستخدم عبدا طول حياته ويكون حرا من رأس ماله بعد وفاته فيعتقه الآن قبل السبب الذى يكون منه وفاته بأجل يسميه وذلك لا يصح إذ ليس للرجل بعد وفاته أكثر من ثلث ماله والواجب اذا فعل ذلك ان يعجل عتقه باتفاق لأن العتق قد حصل له بيقين اما بقوله واما بموته فلا يصح ان يمكن من اختدامه بشك اذ لا يدرى لعله حر من الآن انتهى ونقله ابن عرفة وقبله (فرع) قال ابن رشد اثر كلامه المتقدم واذا قال لعبده أنت حر قبل موتك بكذا وكذا فيعجل عتقه على مذهب ابن القاسم ولا عتق له على مذهب أشهب انتهى ص ﴿ وبطل التدبير بقتل سيده عمدا ﴾ ش قال ابن عرفة وسمع عيسى ابن القاسم ان قتل المدبر سيده خطأ

وقاله أشهب * ابن يونس يريد ولا رجوع له فيه لذكر الأجنبى فى ذلك وهى كمسئلة الرقبى (وان قال حر بعد موت فلان بشهر فعتق الى أجل من رأس المال) قال مالك وابن القاسم من قال لعبده فى صحته أنت حر بعد موت فلان أو قال بعد موته بشهر فهو معتق الى أجل من رأس المال ولا يلحقه دين وان مات السيد قبل موت فلان خدم العبد ورثة السيد الى موت

فلان أو الى بعد موته بشهر ان قال ذلك وخرج من رأس المال ولو قال ذلك السيد فى مرضه عتق العبد فى الثلث الى أجل وخدم الورثة حتى يتم الاجل ثم هو حر وان لم يحمله الثلث خير الورثة فى انفاذ الوصية أو يعتقوا من العبد محمل الثلث بتلا قال مالك وكل من عال فى وصيته على ثلثه فأبت الورثة أن يجيزوا لانه يقال لهم أسلموا ثلث مال السيد الى أهل الوصايا أو نفذوا ما قال الميت

عتق فى ماله ولم يعتق فى ديته وكانت الدية عليه دينا ليس على العاقلة منها شئ لأنه انما صنعه وهو مملوك وان قتله عمدا اقتل به فان استحياه الورثة بطل تدبيره وكان رقالهم ابن رشد قوله وتكون الدية عليه دينا صحيح على ما فى المدونة وغيرها قال أصبغ فى رسم سلف من سماع عيسى من كتاب الديات وهذا اذا حمله الثلث فان لم يحمله عتق منه محمله وكان عليه من الدية بقدر ما عتق منه يؤخذ من ماله ان كان له مال و يتبع به دينا ان لم يكن له ولا يدخل فيما يؤخذ منه من الدية ولا يعتق فيها منه شئ وقوله صحيح وقوله انه يبطل ان كان قتله عمدا هو على قياس ما اجتمعوا عليه من أن القتل عمدا لا ارث له ممن قتله قال ابن عرفة قلت وقتل أم الولد سيدها عمدا قال الشيخ فى الموازية عن ابن القاسم تعتق لأنه عتق لازم من رأس المال وتقتل به الا ان يعفوا عنها ولا تتبع بعقل فى الخطأ بخلاف المدبر وقال عبد الملك تتبع بمثله وعتقها من رأس المال انتهى (فرع) نقل الشيخ أبو الحسن الصغير فى كتاب العتق الثانى فى مسئلة من أعتق عبده ان قدم أبوه ان من قال لعبده احمل على هذه الدابة فاذا ماتت فأنت حر فانه ان قتلها عمدا فانه يعتق قاله سحنون قال كأم الولد تقتل سيدها عمدا فانه لا يبطل ما جنت ما عقد عليها من العتق انتهى

ص ﴿ باب ﴾

﴿ ندب مكاتبة أهل التبرع ﴾ ش يقال كتابة ومكاتبة وكتاب قال الله تعالى والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وهى مشتقة من الاجل المضروب لنجومها فان الكتابة هى الأجل قال عز من قائل ولها كتاب معلوم أى أجل مقدر ومنه قيل كاتب عبده أى وأجله على ذلك وحدها فى الشرع قال فى التوضيح عتق الرجل عبده على مال يؤديه منجما انتهى كذا قال ابن عرفة هى عتق على مال مؤجل من العبد موقوف على أدائه فيخرج ما على مال معجل ولذا قال فيها لا تجوز كتابة أم الولد ويجوز عتقها على مال ويخرج عتق العبد على مال منجم على أجنبى انتهى وقول المؤلف ندب يشير به الى ان حكم الكتابة الندب قال فى التوضيح وهو مذهب المدونة قال ابن عرفة وهو المعروف ومقابله قول بالاباحة فى المذهب وهذا الذى رواه ابن القصار وقاله مطرف وحكاه ابن الجلاب عن مالك قال ابن عرفة قال اللخمى قال مالك فى الموطأ سمعت بعض أهل العلم اذا سئل عن ذلك يتلو واذا حللتم فاصطادوا فاذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الارض فجعلها على الاباحة انتهى وقال أهل الظاهر بوجوبها للامر بها فى قوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا قال فى التوضيح واختلف فى الخير المذكور فى الآية هل هو المال أو القدرة على الكسب أو الصلاح أو الدين أو الامانة الى غير ذلك من الاقوال والمنقول عن مالك فى الموازية أنه القوة على الأداء انتهى وفصل اللخمى فى حكمها فقال على ما نقل عنه ابن عرفة ان كان العبد لا يعرف بسوء وسعايته من المباح وقدر الكتابة ليس بأكثر من خراجه بكثير

﴿ باب ندب مكاتبة أهل التبرع ﴾ ابن عرفة حكم الكتابة الندب على المعروف وهى عتق على مال مؤجل من العبد موقوف على أدائه * ابن شاس ولها أربعة أركان الركن الثالث السيد وشرطه أن يكون مكلفا أهلا للتصرف ولا يشترط أن يكون أهلا للتبرع فتجوز كتابة القيم لعبد الطفل (وحط جزء آخر) من المدونة والموطا

قال مالك فى قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذى آتاكم هو أن يضع عن المكاتب من آخر كتابته شيأ * أبو عمر وهذا على الندب ولا يقضى به (ولم يجبر العبد عليها) الجلاب ليس للسيد ان يجبر العبد على الكتابة (والمأخوذ منها الجبر) ابن رشد الآتى على قوله فى المدونة ان للسيد أن يجبر عبده على الكتابة * اللخمى لسيده جبره ان كانت أزيد من خراجه بيسير

(بكاتبتك ونحوه بكذا) ابن شاس الركن الاول الصيغة * ابن الحاجب هى مثل كاتبتك على كذا فى نجم أو نجمين فصاعدا (وظاهرها اشتراط التنجيم وصحح خلافه) * ابن رشد تجوز الكتابة عند مالك حالة ومؤجلة فان وقعت مسكوتا عنها أجلت لان العرف فيها كونها مؤجلة منجمة وظاهر الرسالة انها لا تكون الا مؤجلة وليس بصحيح على مذهب مالك (وجاز بغرر) ابن القاسم الكتابة بغرر جائزة ولا تشبه البيوع ولا النكاح * أبو محمد بخلاف مراباة السيد عبده قال مالك لا تجوز وأجاز فسخ ما على المكاتب من دراهم فى دنانير الى أجل (كآبق وعبد فلان وجنين) ابن القاسم الكتابة بالآبق والشارد والجنين فى بطن أمه جائزة * اللخمى ان كان الغرر فى ملك العبد جاز وكرهه أشهب وأجاز ابن القاسم أن يأتيه بعبده الآبق * ابن شاس وتجوز على عبد فلان عند ابن القاسم (لا لؤلؤ لم يوصف) من المدونة ان كاتبه على لؤلؤ غير موصوف فلم يجز لتعذر الاحاطة بصفته (أو كخمر ورجع لكتابة مثله) ابن الحاجب اذا لم يصح تملكه كالخمر رجع بالقيمة ولا يفسخ لفساد العوض * ابن عرفة الاقرب تفسير هذا بقولها واذا اشترى العبد نفسه من سيده شراء فاسدا فقد تم عتقه ولا يتبعه سيده بقيمة ولا غيرها الا أن يبيعه نفسه بخمر أو خنزير فيكون عليه قيمة رقبته (وفسخ ما عليه فى مؤخر) من المدونة ان كاتبه على طعام مؤجل جاز أن يصالحه منه على دراهم معجلة ولا بأس أن تفسخ ما على مكاتبك من عين أو عرض حل أو لم يحل فى عرض مؤجل أو معجل مخالف للعرض الذى عليه لان الكتابة ليست بدين ثابت لانه لا يحاص بها فى فلس المكاتب أو موته وانما هو كمن قال لعبده ان جئتنى بكذا فأنت حر ثم قال له ان جئتنى بأقل من ذلك فهذا لا بأس به (وكذهب فى ورق) اللخمى اذا فسخ الدنانير فى الدراهم الى مثل الاجل أو أقرب منه أو أبعد أو فسخ الدنانير فى أكثر منها الى أبعد من الاجل فأجازه مالك وابن القاسم وان لم يعجل العتق (ومكاتبة ولى ما لمحجوره بالمصلحة) من المدونة للوصى أن يكاتب عبد من يليه على النظر ولا يجوز أن يعتقه على مال يأخذه إذ لو شاء انتزعه منه (ومكاتبة أمة وصغيرة وان بلا مال وكسب) من المدونة لا بأس بكتابة الصغير ومن لا حرفة له وان كان يسئل وقال غيره لا يجوز وكره مالك كتابة الامة التى لا صنعة لها * ابن عرفة مثل قول الغير هذا نقل الباجى عن أشهب فى الأمة التى لا صنعة لها والصغير (وبيع كتابة) من المدونة لا بأس ببيع كتابة المكاتب ان كانت

فهى مندوب اليها وان كان قدر الكتابة أكثر منه بكثير فمباحة وان عرف بالسوء والاذاية فمكروهة ان كانت سعايته من حرام فهى محرمة انتهى وقوله أهل تبرع هو فاعل المصدر وهذا هو الركن الاول من أركانها فان لها أربعة أركان المكاتب والمكاتب والصيغة والعوض فالاول قال المؤلف هم أهل التبرع فخرج الصبى والمجنون والسفيه المحجور عليه ويرد عليه العبد المكاتب فانه ليس من أهل التبرع وتصح كتابته على وجه النظر كما سيأتى والمريض والمرأة فيما زاد على الثلث اذا لم يحابيا والله أعلم ص ﴿ بكاتبتك ونحوه بكذا ﴾ ش هذا هو الركن الثانى وهو الصيغة قال فى اللباب هو لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على العتق على مال منجم انتهى وقال ابن الحاجب الصيغة مثل كاتبتك على كذا فى نجم أو نجمين فصاعدا قال فى التوضيح قوله مثل كاتبتك يعنى وأنت مكاتب أو معتق على نجمين ثم قال وظاهر قول المصنف فى نجم أو نجمين انه لا فرق بين ما قل من النجوم أو كثر وهكذا ذكر ابن شعبان قال ومن أصحابنا من يختار جعلها فى نجمين انتهى ونحوه فى الذخيرة وابن شاس وابن جزى ونقل الشيخ يوسف بن عمر فى شرح الرسالة قولا باشتراط كونها فى نجمين انتهى (تنبيه) قال فى المقدمات مذهب الشافعى ان المكاتب لا يعتق وان أدى جميع الكتابة الا أن يشترط ذلك لنفسه فى عقد الكتابة وعند مالك وأبى حنيفة وأصحابهما وجمهور أهل العلم أن المكاتب يعتق اذا أدى جميع الكتابة وان لم يشترط ذلك ولا يضره أن لا يقول له مولاه اذا أديت الى جميع كتابتك فأنت حر لأن ذلك مفهوم من فعلهما وقصدهما وان لم يذكراه انتهى وقال ابن جزى لأن لفظ الكتابة يتضمن الحرية انتهى وقال فى الذخيرة قال الشافعى لفظ كاتبتك ليس صريحا فلا يعتق بالاداء الا أن يقول نويت ان أدى فهو حر لدوران الكتابة بين المخارجة والكتابة بالقلم فلا ينصرف لأحدهما الا بالنية ووافقنا أبو حنيفة والجواب انه مشتهر فى الفرق فى الكتابة المخصوصة فينصرف اليه من غير نية انتهى فالحاصل من هذه النصوص المتقدمة أن الكتابة تكون باللفظ أو ما يقوم مقامه وأنه لا يشترط ان يقول له مولاه اذا أديت فأنت حر وان التنجيم المشترط عند من يقول به يكفى فيه أن يكون فى نجم واحد والله أعلم ص ﴿ وظاهرها اشتراط التنجيم وصحح خلافه ﴾ ش ظاهر كلام المؤلف وابن الحاجب وغيرهما

عيناً فبعرض نقدا وان كانت نقدا فبعرض مخالف أو بعين نقدا وما تأخر كان دينا بدين * عبد الوهاب هذا ان باعها من غير العبد وأما ان باعها منه فذلك جائز على كل حال فان باعها من غير العبد فان وفى العبد فولاؤه لبائع الكتابة وان عجز رق لمشتريها قاله في المدونة (أوجزء) اللخمي الأقيس منع بيع الكتابة للغرر ان أدى كان للمشتري الكتابة دون الولاء وان عجز عند أول نجم كانت له الرقبة وان عجز عند آخر نجم كانت له الكتابة والرقبة ثم قال واذا جاز بيع كتابة المكاتب على قول مالك فهل يجوز بيع بعضها فأجاز ابن القاسم وأشهب بيع نصف الكتابة أو جزء منها لانه يرجع للجزء (لا نجم) الجلاب لا يجوز بيع نجم من نجوم الكتابة والرقبة بهرام وهذا مقيد بنجم معين وأما نجم من ثلاثة أو أربعة فالمنصوص جوازه لانه يرجع الى بيع الجزء وحكمه في الوفاء والعجز حكم بيع الكتابة كلها (فان وفى فالولاء للاول والا رق المشتري) تقدم النص بهذا قبل قوله أوجزء](واقرار مريض بقبضها ان ورث غير كلالة ومكاتبته بلا محاباة والا ففي ثلثه) من المدونة ان كاتبه وهو صحيح وأقر في مرضه بقبض الكتابة فان كان له ولد جاز ذلك وان ورث كلالة والثلث يحمله قبل قوله وان لم يحمله الثلث لم يقبل قوله وان كاتب مريض عبده وقبض الكتابة ثم مات من مرضه فان لم يحاب جاز ذلك كبيعه ومحاباته في ثلثه (ومكاتبة جماعة لمالك فيوزع على قوتهم على الاداء يوم العقد وهل وان مرض أحدهم حملاء مطلقا ويؤخذ من الملىء الجميع ويرجع ان لم يعتق على الدافع ولم يكن زوجا ولا يسقط عنهم شئ بموت واحد) من المدونة لا بأس أن يكاتب الرجل عبيده في كتابة واحدة والقضاء ان كل واحد منهم ضامن عن بقيتهم وان لم يشترط ذلك ولا يعتق واحد منهم الا بأداء الجميع وله أخذ الملىء منهم بالجميع ولا يوضع عنهم شئ بموت أحدهم فان أخذ أحدهم عن بقيتهم بحصتهم من الكتابة بعد أن تقسم الكتابة عليهم بقدر قوة كل واحد منهم على الاداء يوم الكتابة لا على قيمة رقبته قال في المدونة ولا يرجع على من يعتق عليه بما أدى عنه ويرجع على من سواه الا الزوجة لا يرجع عليها وان كانت لا تعتق عليه (وللسيد عتق قوى منهم ان رضى الجميع) من الجلاب لا بأس أن يعتق السيد كبيرا منهم لا أداء فيه أو صغيرا لا يبلغ السعي في الكتابة ولا يجوز أن يعتق منهم من له قوة على السعي معهم الا باذنهم ونحو هذا في المدونة وذكر الجلاب قولا آخر (وقووا) ابن الحاجب ان أعتق السيد من له قوة على الكسب لم يتم الا بقوة باقيهم على الكسب وباجازتهم (فان رد ثم عجز واصح عتقه) من المدونة من كاتب عبدين قويين على السعي لم يكن له عتق أحدهما ويرد ذلك ان فعل فان عجز ألزم السيد عتق من كان أعتق (والخيار فيها) اللخمي الكتابة على ان السيد بالخيار أو العبد جائزة سواء كان أمد الخيار قريبا أم بعيدا بخلاف البيع قيل لانه يخاف في البيع أن يكون زاده في الثمن لمكان الضمان (ومكاتبة شريكين بمال واحد) ابن الحاجب لو كاتب الشريكان معا على مال واحد جاز (لا أحدهما) من المدونة ان كاتبه أحد الشريكين ولو باذن شريكه لم يجز ابن شاس ولو عقدا الكتابة مفترقين فسدت وان كانت مستوية في العدد والنجوم (أو بمالين أو متحدين بعقدين) ابن الحاجب لو كاتب الشريكان معا على مالين لم يجز * بهرام لانه يؤدى الى عتق البعض دون تقويم (فيفسخ) ابن الحاجب ان عقدا مفترقين على مال واحد فابن القاسم يفسخها (ورضى أحدهما بتقويم الآخر ورجع لعجز حصته) من المدونة وان حل نجم من نجوم الكتابة فقال أحد الشريكين لصاحبه بدئني به وخذ أنت النجم المستقبل ففعل ثم عجز العبد عن النجم الثاني فليرد المقتضي نصف ما قبض الى شريكه لأن ذلك سلف منه له ويبقى العبد بينهما ورأيت فتيا لابن عرفة انه يجوز للشركاء في الأرض أن يقول أحدهما لصاحبه غدا أنت الحصادة وأعشيهم أنا وقال انها تتخرج على هذه المسئلة (كان قاطعه باذنه من عشرين على عشرة فان عجز خير المقاطع بين رد مافضل به شريكه واسلام حصته رقا) من المدونة اذا كان عبد بين رجلين كاتباه معا لم يجز لأحدهما أن يقاطعه على حصته الا باذن شريكه فان أذن له فقاطعه من عشرين مؤجلة في حصته على عشرة معجلة ثم عجز المكاتب قبل أن يقبض هذا مثل ما أخذ المقاطع خير المقاطع بين أن يرد الى شريكه نصف ما أخذ من العبد ويبقى العبد بينهما أو يسلم حصته من العبد الى شريكه رقا (ولا رجوع له على الآذن وان قبض الأكثر وان مات أخذ الآذن ماله بلا نقص أو تركه والا فلا شئ له) من المدونة لو قاطع الشريك الواحد من عشرين مؤجلة بعشرة معجلة باذن شريكه ثم اقتضى الآذن تسعة عشر ثم عجز المكاتب فلا رجوع للمقاطع على شريكه في هذه التسعة التي فضله بها وان مات المكاتب فللآذن أن يأخذ جميع ما بقى له من

ان الكتابة الحالة لا تصح على ظاهر المدونة وقال ابن عرفة قول الشيخ يعني في الرسالة وغيره لا يدل على منعها حالة بل على عدم صدق لفظ الكتابة عليها فقط فتأمله انتهى وقال في المقدمات

الـكتابة بغير حطيطة حلت أولم تحل ثم يكون مابقى من ماله بين الذى قاطعه و بين شريكه على قدر حصتهما فى المكاتب والافلاشئ له وقال ابن شاس لومات المكاتب ولم يدع شيأ لم يرجع على المقاطع بشئ ولو ترك شيأ أخذ منه الذى لم يقاطع مابقى وقسما مابقى ولو بقى للمقاطع شئ لتحاصا فيه بما بقى لكل واحد (وعتق أحدهما وضع لماله) اللخمى اذا أعتق أحد سيدى المكاتب نصيبه فى الصحة كان عتقه وضع مال فان عجز عن نصيب الشريك كان جميعه رقيقا بينهما اذ لو كان ذلك عتقا القوم عليه نصيب صاحبه (الا ان قصد العتق) اللخمى قال مالك اذا أعتق نصف مكاتبه فانه وضيعة الا أن يريد العتق فيعتق عليه جميعه الآن ان كان كله له وان كان شريكا عتق عليه جميعه اذا عجز انظر باب اذا كاتب عبده ثم أعتق نصفه من اللخمى (كان فعلت فنصفك حر فكاتبه ثم فعل وضع النصف ورق كله ان عجز) قال محمد من قال لعبده نصفك حر ان كلمت (٣٤٧) فلانا فكاتبه ثم كلم فلانا فانه يوضع عنه نصف مابقى من الـكتابة يوم حنثه فان عجز رق كله (وللمكاتب بلا اذن بيع وشراء ومشاركة ومقارضة) ابن عرفة تصرف المكاتب كالحر الا فى اخراج مال لا عن عوض مالى ابن رشد يجوز أن يبيع و يشترى و يقاسم شركاءه و يقر بدين لمن لا يتهم عليه (ومكاتبة) من المدونة كتابة المكاتب عبده على ابتغاء الفضل جائزة والالم تجز (واستخلاف عاقد لأمته) روى محمد للمكاتب تزويج عبده وامائه ابن القاسم ان كان على وجه النظر و رجاء فضل انظر فى النكاح عند قوله و وكلت مالكة ومكاتبة فى أمة طلب فضلا وان كره سيده (واسلامها أوفداؤها ان جنت) من المدونة ان جنى عبد المكاتب فله اسلامه أوفداؤه على وجه النظر بالنظر تقدم تقييد كل فرع من الفروع الثلاثة بهذا القيد (وسفر لا يحل فيه نجم) اللخمى منع مالك سفر المكاتب بغير اذن سيده وأجازه ابن القاسم ان كان قريبا * اللخمى ان كان شأنه السفر لم يمنع الا فى سفر يحل فيه النجم قبل رجوعه منه (واقراره فى رقبته) انظر قوله فى رقبته كذا هو المتن ولعله فى ذمته انظر قبل قوله ومكاتبه تقدم فى الحجر عند قوله كالعبد فى غير المال ان الحجر يلغى الاقرار فى المال لا البدن انظر قبل قوله ومكاتبه (واسقاط شفعته * لا عتق وان قريبا) ابن الحاجب يرد عتقه ولا يعتق قريبه (وهبة وصدقة) ابن رشد ليس للمكاتب أن يهب ولا أن يتصدق ولا أن يعتق الا باذن سيده (وتزويج) من المدونة ليس للمكاتب أن يتزوج وان رآه نظرا * الباجى ان أجازه سيده جاز والا فسخ (واقرار بجناية خطأ) من المدونة ان أقر مكاتب بقتل عمدا أو خطأ فصالح منه على مال لم يجز ولهم فى العمد قتله باقراره وقد تقدم فى الاقرار ان اقراره بدين أو وديعة لازم

والـكتابة جائزة على ماتراضى عليه العبد والسيد من قليل وكثير وتجوز على مذهب مالك حالة ومؤجلة فان وقعت مسكوتا عليها نجمت لأن العرف التنجيم هذا قول متأخرى أصحابنا وقال ابن أبى زيد فى رسالته والـكتابة جائزة على مارضيه العبد وسيده من المال منجما فظاهر قوله ان الـكتابة لا تكون الا منجمة وليس ذلك بصحيح على مذهب مالك انتهى والـكتابة الحالة تسمى بالقطاعة قاله ابن راشد فى اللباب ونصه قال الاستاذ أبو بكر وظاهر قول مالك ان التأجيل شرط فى الـكتابة قال وعلماؤنا النظارة يجيزون الـكتابة الحالة و يسمونها القطاعة انتهى وتطلق القطاعة أيضا على ما يفسخ السيد فيه كتابة العبد قال فى التنبيهات والقطاعة بفتح القاف وكسرها أيضا هى مقاطعة السيد عبده المكاتب على مال يتعجله من ذلك وأخذ العوض منه معجلا أومؤجلا وكأنه ما انقطع طلبه عنه بما أعطاه وانقطع له بتمام حريته بذلك أوقطع بعض ما كان له عنده من جملته وهذا جائز عند مالك وابن القاسم بكل ما كان و بما لا يجوز بين رب المال وغريمه عجل العتق لقبض جميعه أو أخره لتأخير بعضه عجل قبض ما قاطع عليه أو أخره وسحنون لا يجيزها الا بما يجوز بين الاجنبى وغريمه انتهى وقال فى الذخيرة الفعالة بالفتح للسجايا الخلقية كالشجاعة وبكسرها للصنائع كالتجارة والخياطة وبضمها لما يطرح كالنخالة والزبالة وهذه الاستعمالات أكثرية غير مطردة والقطاعة هى بيع الـكتابة بشئ آخر فهى نوع من التجارة والصناعة فالكسر فيها أنسب انتهى (تنبيه) وعلى القول باشتراط التنجيم وهو التأجيل فيكفى ان يجعل الـكتابة كلها فى نجم واحد كما تقدم وقوله وصحح خلافه قال الشيخ يوسف بن عمر فى شرح الرسالة وهو المشهور انتهى والله أعلم ص ﴿ وتزويج ﴾ ش يعنى أنه ليس للمكاتب ان يتزوج قال فى كتاب المكاتب منها وليس للمكاتب ان يتزوج وان رآه من وجه النظر أو يسافر الا باذن سيده اشترط ذلك السيد عليه أم لا الا ماقرب من السفر مما لا ضرر فيه لحلول نجم أو غيره فذلك له انتهى قاله ابن الحاجب و يتزوج باذنه قال فى التوضيح ظاهره انه لا يفتقر لاذن غيره وهو مقيد بما اذا لم يكن

(وسفر بعد) تقدم عند قوله وسفر لا يحل فيه نجم (الا باذن) تقدم النص بهذا بالنسبة الى كل فرع من الفروع المعطوفة على
وسفر لا يحل فيه نجم (وله تعجيز نفسه ان اتفقا ولم يظهر له مال فيرق ولو ظهر له مال) اللخمى ان رضى السيد والعبد بفسخ
الكتابة فقال مالك ذلك لهما ان لم يكن للعبد مال ظاهر فان أظهر بعد ذلك أموالا كتمها لم يرجع عما رضى به ثم ذكر الخلاف وقال
ابن رشد الكتابة من العقود اللازمة ليس للسيد ولا للعبد خيار فى حلها فأما التعجيز اذا لم يكن له مال ظاهر فان تراضى على ذلك
السيد والعبد فهو جائز لان حق الله قد ارتفع بالعذر وهو ظهور العجز ولا يحتاج فى ذلك الرفع للسلطان فان دعا الى ذلك العبد
وأبى السيد فله أن يعجز نفسه دون السلطان ولا يفتقر فى ذلك الى حكم وأما ان دعا السيد الى التعجيز وأبى العبد فلا يعجزه الا
السلطان بعد التلوم والاجتهاد * ابن الحاجب وليس للعبد تعجيز نفسه وان لم يكن له مال ظاهر ولا تفسخ الكتابة الا بالحكم
(فان عجز عن شئ أو غاب عند المحل ولا مال فسخ الحاكم وتلوم لمن يرجوه) تقدم نص ابن الحاجب وان لم يكن له مال ظاهر وقال
ابن شاس ان عجز عن أداء النجوم أو عن اداء نجم منها رق وفسخت الكتابة بعد أن يتلوم له الامام بعد
الاجل ويجتهد الامام فى
أمد التلوم فيمن يرجى له
دون من لا يرجى له واذا
غاب وقت المحل بغير اذن
السيد فله الفسخ عند
السلطان (كالقطاعة)
من المدونة القطاعة كذلك
فى التلوم بعد الأجل
(وان شرط خلافه) ابن
شاس لو شرط عليك انك
ان عجزت عن نجم من
نجومك فانت رقيق لم
يكن عاجزا الا عند
السلطان والشرط باطل
(وقبض ان غاب سيده
وان قبل أجله) ابن
الحاجب ان عجل الكتابة
قبل المحل لزم ولو كان غائبا قبض الحاكم ونفذ قال فى المدونة واذا أراد المكاتب تعجيل ما عليه وسيده غائب ولا وكيل له على
قبض الكتابة فليرفع ذلك الى الامام ويخرج حرا (وفسخ ان مات وان عن مال) ابن الحاجب وتفسخ بموت العبد ولو خلف وفاء
* ابن عرفة هذا قولها ان مات المكاتب قبل دفع كتابته أو أمر بدفعها فلم تصل الى السيد حتى مات فلا وصية له وان ترك أم ولد
لا ولد معها وترك مالا فيه وفاء بكتابته فهى والمال ملك للسيد (الا لولد أو غيره وتؤدى حالة) ابن الحاجب تنفسخ بموت العبد ولو
خلف وفاء الا أن يقوم بها ولد دخل معه بالشرط أو غيره بمقتضى العقد فيؤديها حالة * ابن عرفة اقتصاره على ذكر الولد يدل
على أن الأجنبى بخلافه والمذهب أنه مثله من المدونة وكذا ان مات المكاتب وترك معه فى الكتابة أجنبيا وترك مالا فيه وفاء فان
السيد يتعجلها من ماله ويعتق من معه فى الكتابة من أجنبى أو ولى * الجلاب اذا مات المكاتب قبل أداء كتابته وترك ولدا دخلوا
فى كتابته بالولادة أو الشرط فان ترك مالا أدى عنه باقى كتابته وكان ما فضل بعد ذلك ميراثا بين ولده للذكر مثل حظ الانثيين
وميراثه لولده دون سيده ولا يرثه ولده العبيد ولا الأحرار ولا المكاتبون كتابة مفردة عن كتابتهم وانما يرثه ولده الذين دخلوا معه
فى كتابته ثم قال واذا مات المكاتب عن مال فيه وفاء بكتابته فقد حلت كتابته وليس لولده تأخيرها الى نجومها وان لم يكن فيه

معه غيره أشهب وان كان معه فى الكتابة غيره فليس لسيده اجازة نكاحه الا باجازة من معه الا ان
يكونوا صغارا فيفسخ على كل حال ويترك لها ان دخل ثلاثة دراهم ولا تتبعه ان عتق بما بقى انتهى
(فرع) قال ابن عرفة ان تزوج بغير اذن سيده فأجازه جاز وان رده فسخ ولها ثلاثة دراهم انتهى
وهذا فى الذكر وأما الانثى فيتخرج ذلك على انه هل له الجبر أم لا (فرع) قال فى المدونة ولو شرط
عليه السيد أنه ان نكح أو سافر بغير اذنه فمحو كتابته بيده لم يكن له محوها ان فعل المكاتب شيأ من
ذلك وليرفع ذلك الى السلطان قال ربيعة للسيد فسخ الكتابة فى بعيد السفر بحكم الامام وان نكح
فرق بينهما وانتزع ما أعطى انتهى ص ﴿ وسفر بعد الا باذن ﴾ ش قال اللخمى اختلف
فى سفر المكاتب بغير اذن سيده فمنعه مالك وقال قد تحل نجومه وهو غائب وأجازه ابن القاسم اذا
كان قريبا قال ولم يكن فيه كبير مؤنة فيما يغيب على سيده اذا حلت نجومه واختار هو المنع منه
ان كان صانعا أو تاجرا قبل الكتابة لأن القصد سعايته فى الحاضرة الا أن تبور صناعته الجارية
فله السفر بحميل بالاقل مما بقى عليه من الكتابة أو من قيمته وان كان شأنه السفر ومنه سعايته
لم يكن له منعه ولا عليه ان يأتى بحميل وان كان النجم يحل قبل رجوعه منع منه وان كان يعود قبل
ذلك وكانت هناك تهمة انه يبعد أو يتأخر منع الا أن يأتى بحميل انتهى ونقله ابن عرفة وقال بعده
قلت الحمالة خلاف المذهب انتهى ص ﴿ فان عجز عن شئ أو غاب عند المحل ولا مال له فسخ الحاكم ﴾
ش أى فسخ الحاكم الكتابة وعاد العبد لما كان عليه قبل الكتابة من رق أو تدبير أو غير ذلك
فهو أحسن من قول ابن الحاجب رق والله أعلم ص ﴿ وفسخت ان مات وان عن ولد ﴾ ش

وفاء كان لهم أخذ المال والقيام بالكتابة على نجومها (وورثه من معه فقط ممن يعتق عليه) من المدونة انما يرث المكاتب ممن معه في الكتابة الولد وولد الولد والأبوان والأجداد والاخوة لاغيرهم من عم أو ابن عم * محمد وآخر قول مالك تعتق زوجته فيما ترك ولا ترثه * ابن زرقون تقدم نص المدونة لاتوارث بينهم الافيمن يعتق بعضهم على بعض (وان لم يترك وفاء وقوى ولده على السعى سعوا) ابن شاس ان لم يترك وفاء وقوى ولده على السعى سعوا وأدوا باقى الكتابة وان كانوا صغارا اتجر لهم فيه وأدى على نجومه الى بلوغهم فان قدروا على السعى والا رقوا (وترك متروكه للولد وان أمن) تقدم نص الجلاب ان لم يكن فيه وفاء كان لهم أخذ المال والقيام بالكتابة على نجومها ومن المدونة ليس لمن معه فى الكتابة من أجنبى أو ولد أخذ المال اذا كان فيه وفاء ثم قال فان لم يف ببقية الكتابة فلولده الذين معه فى الكتابة أخذه ان كانت لهم امانة وقوة على السعاية ويؤدون نجوما (كأم ولده) من المدونة واذا مات المكاتب وترك أم ولده وولدا منها أو من غيرها ولم يدع مالا سعت مع الولد أوسعت عليهم ان لم يقووا وقويت هى على السعى وكانت مأمونة عليه (وان وجد العوض معيبا فمثله أو استحق موصوف القيمة كمعين وان بشبهة له وان لم يكن له مال اتبع به دينا) قال بهرام أجمل رحمه الله فى الجواب عن هاتين المسئلتين وقال الجلاب ولاتفسخ الكتابة لفساد العوض ولو وجد العوض معيبا اتبع بمثله ولو استحق ولامال له ففى رد عتقه وعوده مكاتبا قولان ومن المدونة ان كانت على عبد موصوف فعتق بادائه ثم ألفاه السيد معيبا فله رده وتبعه بمثله ان قدر والا كان عليه دينا ولا يرد العتق ومن التهذيب مانصه قال أشهب وابن نافع عن مالك فى مكاتب قاطع سيده فيما بقى عليه على عبد دفعه اليه فاعترف مسروقا فليرجع السيد على المكاتب بقيمة العبد قال ابن نافع وان لم يكن له مال عاد مكاتبا قال أشهب لا يرد عتقه اذا تمت حريته ويتبع بذلك قالا عن مالك وان قاطعه على وديعة أودعت عنده فاعترفت الوديعة رد عتقه قال ابن القاسم وغيره ان غر سيده بما لم يتقدم له فيه شبهة ملك رد عتقه وان تقدمت له فيه شبهة ملك مضى عتقه واتبع بقيمة ذلك دينا (ومضت كتابة الكافر لمسلم وبيعت كان أسلم وبيع من معه فى عقده) اللخمى اذا أراد الكافر أن يرجع فى عتقه كافرا أو فى كتابته فقال ابن القاسم له ذلك إذ ليس ذلك من التظالم التهذيب اذا كاتب النصرانى عبدا مسلما ابتاعه أو كان عبده أو أسلم مكاتب له فان كتابته تباع من مسلم ثم قال واذا أسلم أحد مكاتبى الذمى فى كتابة واحدة بيعت كتابتهما جميعا ولاتفرق انظر التهذيب فالمسئلة فيه مبسوطة ومبينة (وكفر بالصوم) ابن شاس لا يكفر المكاتب الا بالصيام * ابن عرفة لاأعرف هذا فى المذهب لكنه مقتضى قولها انه كالعبد (واشتراط وطء المكاتبة واستثناء حملها أوما يولد لها أو يولد لمكاتب من أمته بعد الكتابة

قال فى المدونة واذا أدى المكاتب كتابته فى مرضه جازت وصيته فى ثلث مابقى من ماله فان مات دفعها أو أمر بدفعها فلم تصل الى السيد حتى مات وأوصى بوصايا فلا وصية له انتهى قال ابن يونس قيل لأبى عمران فلو بعث كتابته فى مرضه الى سيده فلم يقبلها السيد حين وصولها اليه هل يكون حرا ويرثه ورثته فقال لاحتى يقضى عليه بذلك الاان تكون بموضع لاحاكم فيه فليشهد عليه فيكون ذلك كالحكم انتهى ص ﴿وان وجد العوض معيبا أو استحق موصوف كمعين وان بشبهة له ان لم يكن له مال﴾ ش هكذا فى كثير من النسخ وهى مشكلة لأنه لاوجه لها الأن تكون معطوفة على ان فى قوله وفسخت ان مات وذلك يقتضى أن الكتابة تنفسخ اذا وجد العوض معيبا أو استحق ونصوص المذهب صريحة بخلاف ذلك كما بينه ابن مرزوق فيما نقله عنه ابن غازى وأما قول ابن غازى انه يتمشى على ان المعنى وفسخت العتاقة ولا يكون حينئذ مخالفا للمذهب لولا ماعارضه من كلام ابن رشد فى استحقاق العبد الموصوف فليس بظاهر لأنه يقتضى أنه اذا وجد العوض معيبا تفسخ العتاقة وهو مخالف لنص المدونة وغيرها كما سيأتى ويوجد فى بعض النسخ وان وجد العوض معيبا فمثله أو استحق موصوفا فقيمته كمعين بشبهة وان لم يكن له مال اتبع به دينا قال ابن مرزوق وهذا الكلام أقرب الى الاستقامة وموافقة النقل الا أن قوله فى المستحق اذا كان موصوفا يرجع فيه بالقيمة ليس كذلك انما يرجع فيه بالمثل انتهى وقبله ابن غازى وليس بظاهر كما سيأتى من كلام ابن رشد الذى نقل ابن غازى بعضه ولاشك أن هذه النسخة أقرب الى الاستقامة وموافقة النقل فلنشرحها ونبين موافقتها للنقل فقوله وان وجد العوض معيبا فمثله يعنى أنه اذا قبض السيد من المكاتب العوض يعنى الكتابة يريد أو بعضها فوجد ماقبضه أو بعضه معيبا فله رده والرجوع بمثله قال فى التوضيح وأصله لابن عبد السلام لأن الكتابة انما تكون

بغير معين والاعواض غير المعينة اذا اطلع فيها على عيب قضى بمثلها انتهى يريد ولا يرد العتق ولو كان عديما قال فى أول كتاب المكاتب من المدونة وان كاتبه على عبد موصوف فعتق بأدائه ثم ألفاه السيد معيبا فله رده و يتبعه بمثله ان قدر والا كان عليه دينا ولا يرد العتق قال أبو الحسن معنى المسئلة أنه كاتبه على عبد مضمون ولو كان معينا الرجع بقيمته كالنكاح على عبد بعينه والخلع على عبد بعينه انتهى وقوله أو استحق موصوف فقيمته كمعين يعنى به اذا استحق ماقبضه السيد من كتابة عبده أو قطاعته اذلا فرق بينهما كما قاله فى التوضيح وصرح به اللخمى كما سيأتى وكان موصوفا فانه يرجع عليه بقيمة ذلك الشئ الموصوف كما يرجع عليه اذا استحق وكان معينا بقيمتها أما المعين فلا اشكال انه يرجع عليه بقيمته وأما الموصوف فتبع فى ذلك ماقاله ابن رشد فى أول سماع أشهب ونصه ولا اختلاف اذا قاطع سيده على عبد موصوف واستحق من يده انه يرجع عليه بقيمته ولا يرده فى الكتابة انتهى وقوله وان بشبهة شرط فى مضى العقد والرجوع بالقيمة فى استحقاق الموصوف المعين و يعنى به ماذكره من ان المكاتب اذا دفع لسيده شيأ ثم استحق انه يرجع عليه بقيمته انما هو اذا كان له فيه شبهة ومفهوم الشرط انه اذا لم يكن له فى العوض المستحق شبهة فان عتقه لا يمضى و يعود العبد مكاتبا قال فى البيان اثر كلامه السابق وأما اذا قاطع سيده على شئ بعينه ولا شبهة له فى ملكه غر به مولاه كالحلى يستودعه والثياب يستودعها وما أشبه ذلك فلا اختلاف فى ان ذلك لا يجوز و يرجع فى الكتابة على ما كان عليه حتى يؤدى قيمة ما قاطع به انتهى وقوله وان لم يكن له مال اتبع به دينا فيعنى به انه اذا لم يكن للمكاتب الذى دفع الا المعيب والمستحق الذى له فيه شبهة مال فانه يتبع بالمثل والقيمة دينا فى ذمته ولا تعود مكاتبته قال فى المدونة قال ابن القاسم وغيره ان غره سيده بما لم يتقدم له فيه شبهة ملك رد عتقه وان تقدمت له فيه شبهة ملك مضى عتقه واتبع بقيمة ذلك دينا انتهى قوله رد عتقه قال ابن يونس يريد و يرجع مكاتبا انتهى وقال فى البيان فى السماع المذكور يتحصل فى المكاتب يقاطع سيده من كتابته على شئ بعينه له فيه شبهة ثلاثة أقوال أحدها انه يرجع فى الكتابة حتى يؤدى الى سيده قيمة ذلك مليأ كان أو معدما وهو الذى يأتى على قول ابن القاسم فى الذى يؤدى كتابته من أموال غرمائه والثانى انه لا يرجع فى الكتابة الا أن يكون معدما وهو قول ابن نافع فى المدونة والثالث انه لا يرجع فى الكتابة مليأ كان أو معدما و يتبع بذلك ان كان معدما فى ذمته وهو حر بالقطاعة وهو قول أشهب فى المدونة انتهى (قلت) وهو الذى يفهم من كلام ابن القاسم الذى نقلناه عن المدونة وأما مسئلة الغرماء فسيأتى انها بمنزلة ما لا شبهة له فيه وقال فى المدونة قال أشهب وابن نافع عن مالك فى مكاتب قاطع سيده فيما بقى له عليه على عبد دفعه اليه فاعترف مسروقا فليرجع السيد على المكاتب بقيمة العبد قال ابن نافع هذا اذا كان له مال فان لم يكن له مال عاد مكاتبا وقال أشهب لا يرد عتقه اذا تمت حريته و يتبع بذلك قالا عن مالك وان قاطعه على وديعة أودعت عنده فاعترفت رد عتقه انتهى (تنبيه) قال فى المدونة وان أدى كتابته وعليه دين فاراد غرماؤه أن يأخذوا من السيد ما قبض منه فان علم أن مادفع من أموالهم فلهم أخذه و يرجع رقا وان لم يعلم ذلك مضى عتقه قال ابن يونس قوله و يرجع رقا يريد مكاتبا وهذا من قوله يدل على انه دفع الى سيده شيأ تقدمت له فيه شبهة ملك انه يرد عتقه و يرجع مكاتبا خلاف ماله بعد هذا انتهى يشير الى كلام المدونة السابق قال الشيخ أبو الحسن الصغير فجعل ابن يونس ماتقدم لهذا العبد من ملكه لهذا الذى دفع الى السيد شبهة وان

كان أموال غرمائه وجعله اللخمي ليس بشبهة لتساط الغرماء على ذلك فحمله ابن يونس على الخلاف وحمله اللخمي على الوفاق انتهى ونص ما في تبصرة اللخمي قال الشيخ اذا استحق من يد السيد ما أخذه من المكاتب أو عن المقاطعة فان كان المكاتب موسرا غرم مثل ما أخذ من السيد ومضى عتقه وسواء كان له فيه شبهة أم لا وان كان معسرا افترق الجواب فان لم يكن له في ذلك شبهة وانما قضى من أموال الغرماء أو من وديعة ولا شئ له في الكتابة ان كان يرجى له مال وان كان لا يرجى رد في الرق وسقطت الكتابة وان كان له في ذلك شبهة اتبع بذلك في ذمته ولم يرده وقاله ابن القاسم و يحمل ذلك على ان السيد أعتقه عند ما دفع ذلك اليه فلا يرد عتقه وان لم يعتقه وانما أخذ منه المال وتشاهدا أنه لا ملك له عليه لدفع المال وانه قد استحق الحرية بالخروج عن ملك سيده بذلك كان له أن يرده الى الكتابة أو في الرق اذا كان لا يرجى له مال الا ان يكون الاستحقاق بعد ان طال أمره وجازت شهادته وورث الاحرار فيستحسن أن لا يرد انتهى وقال الرجراجي اذا قاطعه سيده على مال ثم استحق فتحصيله ان كان المكاتب موسرا غرم للسيد مثل ما أخذ منه أو قيمته ان كان مما يرجع الى القيمة ومضى عتقه وسواء تقدمت فيه شبهة ملك أم لا ولا خلاف في ذلك وان كان معسرا ففي ذلك أربعة أقوال أحدها ان عتقه مردود جملة وهو قول مالك في أول الباب اذا علم أن ذلك من أموالهم والثاني ان عتقه ماض ولا يرد ويتبعه وهو قول مالك وأشهب في الكتاب والثالث التفصيل بين ما تقدمت فيه شبهة ملك فيمضي عتقه ويتبع بقيمة ذلك وما لم يتقدم له فيه شبهة فيرد السيد عتقه فيه وهو قول الرواة في المدونة وهو ظاهر قول أشهب في المكاتب يقاطع على وديعة والقول الرابع بالتفصيل بين ان يطول الزمان أو يقصر فيمضي عتقه مع الطول ويرد مع القرب وعلى القول برد عتقه هل يرد الى الرق أو الى الحرية المذهب على ثلاثة أقوال كلها مستقرأة من المدونة أحدها انه يرد الى الرق لا الى الكتابة وهو ظاهر قول ابن القاسم في الكتابة والثاني انه يرد الى كتابته وهو قول الرواة والثالث التفصيل بين أن يرجى له مال فيرد الى الكتابة أو لا يرجى له مال فيرد الى الرق وهو اختيار اللخمي انتهى (تنبيه) قال ابن يونس اختلف في معنى قوله في المدونة فان علم أن ما دفعه من أموالهم هل يريد أموالهم بعينها أو دفع وقد استغرق الدين ما كان بيده والذي أرى انه ان دفع وهو مستغرق الذمة فلهم رده وان لم تكن أعيان أموالهم لأنها أموالهم أو ما تولد عنها وكما لهم منع الحر من العتق والصدقة اذا كان مستغرق الذمة فكذلك لهم منع هذا من ان يعتق نفسه بهذا وقد قال مالك بعد هذا اذا كان المكاتب مديانا فليس له ان يقاطع سيده ويبقى لا شئ له لأن غرماءه أحق بماله من سيده فان فعل لم يجز وكذلك أداؤه جميع كتابته ولا فرق بين أعيان أموالهم وأثمان ذلك وما اعتاض المكاتب منها ان ذلك كأعيان أموالهم والغرماء أحق به انتهى وقوله وان لم يعلم أن ما دفعه الى السيد من أموالهم هو ما دفع مما أفاده من عمل يده أو ارش خراجه أو دفعه مما بيده وليس بمستغرق الذمة وفيما بقي بيده وفاء لدينه وان أشكل ذلك قال بعض علمائنا لا سبيل الى نقض العتق فان اعترف السيد بذلك فالقياس أن ينفذ العتق ويرد على الغرماء ما قبض لاقراره أنهم أولى به منه انتهى فتحصل من هذا انه اذا استحق من يد السيد ما أخذه من المكاتب عن كتابته أو عن قطاعته فانه ان كان موسرا أخذ منه مثل الذي استحق ان كان من ذوات الاموال وقيمته ان كان من ذوات القيم سواء كان موصوفا أو معينا كما صرح به ابن رشد وهو الذي يؤخذ من كلام الرجراجي وغيره خلافا لما قال ابن مرزوق الموصوف يرجع فيه للمثل والله أعلم ولا يرد

وقليل كخدمة بعد وفاء لغو) أما اذا شرط فى كتابتـه انه يصيبها أو استثنى ما فى بطنها فنص ابن القاسم فى المدونة ان الكتابة ماضية والشرط باطل وأما استثناء ما يولد لها ففى المدونة ان شرط على المكاتبـة ان ما ولدت فى كتابتها فهو عبد فالشرط باطل والعتق نافذ الى أجله وأما استثناء ما يولد للمكاتب من أمتـه فقد نص فى المـدونة ان حكمه حكم ما ولدت المكاتبة فى كتابتها قال ابن شاس تسرى الكتابة من المكاتبـة الى ولده الذى تلده بعـد الكتابة من زنا أو نكاح وكذلك ولد المكاتب الذين حـدثوا من أمته بعد كتابته وأما شرط قليل كخدمة بعد وفاء ففى المدونة ان كاتبه على خدمة شهر بعد العتق فالخـدمة باطلة وهو حر قال مالك كل خدمة اشترطها السيد بعـد أداء الكتابة فباطلة فان شرطها فى الكتابة فأدى العبـد قبـل تمامها سقطت (وان عجز عن شئ أو ارش جنايته وان على سيده رق كالقن) أما اذا عجز عن شئ فقد تقدم عند قوله فان عجز عن شئ فسخ الحاكم وأما اذا عجز عن الارش فقال ابن شاس اذا جنى المكاتب على أجنبى أو على سـيده لزمه الارش فان أداه بقى على كتابتـه وان عجز رق (وأدب ان وطئ بلا مهر) من المدونة من كاتب أمته فليس له أن يطأها فان فعل درئ عنه الحـد وعنهـا أكرهها أو طاوعتـه ويعـاقب الا أن يعـذر بجهل ولا صداق لها الا ما نقصها ان طاوعته (وعليه نقص المكرهـة) من المدونة وان أكرهها فعليه ما نقصهـا (وان حملت خيرت فى البقاء وأمومـة الولد) من المـدونة وهى بعد وطء السيد على كتابتها الا أن تحمل فتخير عنـد مالك بين أن تـكون أم ولد أو تمضى على كتابتها (الا الضعفاء معها أو أقوياء لم يرضوا وحط حصتها ان اختارت الامومة) من المدونة اذا ولدت المـكاتبـة بنتا ثم ولدت بنتها بنتا أخرى فزمنت البنت العليا وأعتقها السيد جاز عتقه وبيعت الام مع السفلى ولو وطئ السيد البنت السفلى فأولدها فولدها حر ولا تخرج هى من الـكتابة وتسعى معهم الا أن ترضى هى وهم باسلامها للسـيد ويحط عنهم حصتها من الـكتابة وتصير حينئذ أم ولد للسيد قال سحنون هذا ان كان معها فى الـكتابة من يجوز رضاه ولا يخشى عجزهم باسلامها (وان قتل فالقيمة للسيد وهل قنا أو مكاتبا تأويلان) من المدونة قال مالك اذا قتـل المـكاتب قوم على هيئتـه فى الحال التى كان عليها * اللخمى يقوم عبدا لا كتابة فيه لان عقد العتق سقط حكمه بالقتل قاله ابن القاسم فى المدونة * ابن رشد معنى قول مالك فى المـدونة يقوم على انه مكاتب عليه من بقية كتابته كذا وكذا على ما يعرف من قدرته على تـكسب المال دون اعتبار ماله (وان اشـترى من يعتق عليه صح وعتق ان عجز) ابن شاس ان اشترى المـكاتب من يعتق على سيده صح فان عجز رجع الى السيد وعتق عليه * بهرام

العتق سـواء كان له فيما دفعـه شبهة أو لم يكن كما صرح به اللخمى والرجراجى خلاف ما قال ابن رشد فى السماع المتقـدم عن ابن القاسم فيما اذا كاتبه بمال فيه شبهة ثم استحق انه يرجع الى الـكتابة مليأ كان أو معـدما وهو غـير ظاهر بل ظاهر المدونة أنه اذا كانت له فيه شبهة أنه لا يرد الى الـكتابة وأما اذا لم يكن له فيه شبهة فظاهر كلام ابن رشد أو صريحه انه يرجع الى الـكتابة بلا خلاف ولو كان موسرا وهو ظاهر المـدونة خلاف ما يفهم من كلام الرجراجى واللخمى وأما ان كان معسرا فلا يخلو اما أن يكون له شبهة فيه أم لا فان لم تـكن شبهة فالذى عليه أكثر الرواة أنه يرجع الى الـكتابة وقد قال ابن رشد فى السماع المذكور لا خلاف فى ذلك لـكن نقل الرجراجى فى ذلك خلافا وهو بعيد ولا يرجع الى الرق الا على القول الذى ذكره الرجراجى آخرا وهو بعيد أيضا وأما تفصـيل اللخمى بين من يرجى له مال أو لا فلا ينبغى أن يعد خـلافا لأن من لا يرجى له مال اذا رددناه للـكتابة وعجز عنها رجع رقيقا والله أعلم وأما ان كانت له فيه شبهة فاختلف فى ذلك فالذى عليه أكثر الرواة انه يتبع بذلك فى ذمته ولا يعود الى الـكتابة وقال ابن نافع يعود الى الـكتابة وذكر الرجراجى قولا بانه يعود رقيقا وهو بعيد وما دفعه من أموال الغرماء فجعله فى المدونة مما لا شبهة له فيه وهو ظاهر والله أعلم (تنبيه) ان قيل لم قلتم اذا استحق ما قاطع به المـكاتب يرجع بقيمته ولم تقولوا يرجع ببقية الـكتابة التى قاطع عليها كمن أخذ من دينه عرضا ثم استحق انه يرجع بدينه قيل الـكتابة ليست بدين ثابت لأنهـا تارة تصح وتارة لا تصح فأشبهت ما لا عوض له معـلوم من نـكاح أو خلع بعوض يستحق فانه يرجع بقيمته ص ﴿ وقليل كخدمة لغو ﴾ ش تصوره واضح (فرع) لو شرط على مكاتبـه انه اذا شرب خمرا عاد رقيقا ففعل فليس له رده قاله فى النكت ونقل هذا الفرع فى التوضيح وسقط من بعض نسخه لفظة ليس ففسد الـكلام وكأنه وقع فى نسخة الشارح كذلك قال فى الـكبير انه اذا فعل العبد ذلك رجع رقيقا وكذا فى الشامل وتبعه البساطى وقـد نقلت لفظ النـكت فى حاشية الشامل فتأمله والله أعلم ص ﴿ رق كالقن ﴾ ش أى فيخير سيده حينئذ فى

وللمكاتب وطء هذه الامة التى تعتق على سيده وله بيعها لان المكاتب أحرز نفسه وماله فان عجز فحينئذ تعتق على السيد (والقول للسيد فى الكتابة والاداء) ابن شاس ان اختلف السيد والعبد فى أصل الكتابة والاداء فالقول قول السيد * ابن عرفة ولا يمين عليه فى الاولى ويحلف فى الثانية (لا القدر) من المدونة ان اختلفا فى قدرها فالقول قول العبد (والاجل) من المدونة ان اتفقا فى التأجيل واختلفا فى حلوله صدق العبد (والجنس) ابن شاس اذا تنازعا فى قدر النجوم أو جنسها أو أجلها فالقول قول المكاتب قاله ابن القاسم لان العتق قد حصل بالاتفاق وهو مدعى عليه (وان أعانه جماعة فان لم يقصدوا الصدقة عليه رجعوا بالفضلة وعلى السيد بما قبضه ان عجز والافلا) من المدونة والمكاتب اذا أعانه قوم فى كتابته بمال فأدى منه كتابته وفضلت فضلة فان أعانه بمعنى الفكاك لرقبته لا صدقة عليه فليرد عليهم الفضلة بالحصص أو يحللوه منها وان عجز فكل ماقبض السيد منه قبل العجز حل له كان من كسب العبد أو صدقة عليه وأما لو أعين فى فكاك رقبته فلم يف ذلك بكتابته كان لكل من أعانه الرجوع بما أعطى الا أن يحلل منها المكاتب فيكون له ولو أعانوه بصدقة لا على (٣٥٣) الفكاك فكذلك ان عجز حل لسيده وانظر ان لم يعرفوا

فدائه بارش الجناية أو اسلامه ص ﴿ رجعوا بالفضلة ﴾ ش قال الجزولى فان دفع اليه اثنان مالا ليؤديه فى الكتابة فدفع له مال أحدهما وخرج حرا فانه يرد مال الآخر اليه وان لم يعلم مال من بقى فانهما يتحاصان فيه على قدر مادفعا اليه (فرع) قال الجزولى وكذلك كل من دفع اليه مال لامر ما إما لكونه عالما أو صالحا أو فقيرا ولم تكن فيه تلك الخصلة فانه يرده ولا يأ كله فان فعل فقد أكل حراما انتهى وانظر حاشية المشذالى على المدونة فى هذا المحل وتقدم الكلام على شئ من ذلك ص ﴿ وأنت حر على أن عليك ألفا أو وعليك لزم العتق والمال ﴾ ش ذكر أهل المذهب هنا خمس صيغ وفى بعضها خلاف يخرج وماذكره المصنف فى هاتين المسئلتين هو قول مالك قال فى التنبيهات الاولى قوله أنت حر وعليك ألف والعبد غير راض فيها ثلاثة أقوال الاول قول مالك وأشهب الزام السيد العتق المعجل والعبد المال بكل حال معجلا ان كان موسرا أو دينا ان كان معسرا انتهى وهو الذى اقتصر عليه المؤلف ثم ذكر القولين ثم قال الثانية قوله أنت حر على أن عليك ألفا فيها أربعة أقوال قول مالك بالزامه العتق والمال كما فى الاولى انتهى ثم ذكر بقية الاقوال والله أعلم (تنبيه) قال ابن الحاجب وأنت حر على ألف عتق فى المال والحال فى ذمته قال ابن عبد السلام قوله أنت حر على ألف من غير ان يقول تؤدى أو تدفع أو غير ذلك لا يفيد شيأ انتهى وقال فى التوضيح قوله عتق يريد اذا قبل العبد وهذا الكلام راجع الى قوله أنت حر على أن عليك كذا وعلى هذه الصورة حمل ابن راشد كلام المؤلف يعنى ابن الحاجب وقد ذكروا ههنا صيغا الى آخره ثم قال واختلف فى الاولى وهى أنت حر على أن عليك ألفا على أربعة أقوال الاول لمالك بالزامه العتق والزام العبد المال وسواء قال أنت حر الساعة مثلا أو لم يقل وهو الذى اقتصر عليه

كما لو لم يعرف صاحب اللقطة ففرق فى الايقاف بين هذا واللقطة (وان وصى بكتابة فكتابة المثل ان حمله الثلث) من أوصى أن يكاتب عبده والثلث يحمل رقبته جاز وكوتب مكاتبة مثله على قدر قوته وادائه وان لم يحمله الثلث خير الورثة بين مكاتبته أو عتق محمل الثلث بتلا (وان أوصى له بنجم فان حمل الثلث قيمته جازت) من المدونة من وهب لمكاتبه نجما بعينه من أول الكتابة أو وسطها أو آخرها أو تصدق به عليه أو أوصى له بذلك وذلك كله فى حال

 المرض ثم مات السيد قوم ذلك النجم وسائر النجوم بالنقد بقدر آجالها فبقدر حصة النجم منها يعتق الآن من رقبته ويوضع عنه النجم بعينه ان حمله الثلث وان لم يحمله الثلث خير الورثة فى اجازة ذلك أو بتل محمل الثلث من المكاتب ويحط عنه من كل نجم بقدر ماعتق منه وليس من النجم المعين خاصة فى هذا لان الوصية قد حالت عن وجهها لما لم يجز الورثة (والا فعلى الوارث الاجازة أو عتق محمل الثلث) تقدم قولها وان لم يحمله الثلث فى كلتا المسئلتين قبل هذا (وان أوصى لرجل بكتابة أو بما عليه أو بعتقه جازت ان حمل الثلث قيمة كتابته أو قيمة الرقبة على انه مكاتب) من المدونة من أوصى لرجل بمكاتبته أو بما عليه أو أوصى بعتق مكاتبه أو بوضع ما عليه جعل فى الثلث الاقل من قيمة الكتابة أو قيمة الرقبة على انه عبد مكاتب فى اخراجه وادائه كما لو قتل وقاله ابن نافع (وأنت حر على ان عليك ألفا أو وعليك ألف لزم العتق والمال) عياض المسئلة الاولى أنت حر على أن عليك كذا أو وعليك كذا هما سواء يعتق العبد وان لم يرض ومن المدونة من قال لعبده أنت حر الساعة بتلا وعليك مائة دينار الى أجل كذا فقال مالك وأشهب هو حر الساعة بالمائة أحب أم كره وقال ابن القاسم هو حر فلا يتبع بشئ وفى هذه المسئلة ثلاثة أقوال

المصنف انتهى فانظر أول كلامه وآخره كيف قال أولا يريد اذا قبل العبد وقال آخرا مراد المصنف قول مالك بالزام السيد العتق والعبد المال ففي كلامه تدافع وقال ابن عرفة بعد ذكره كلام ابن عبد السلام المتقدم قلت ظاهر كلام ابن عبد السلام ان هذا اللفظ الذي ذكره ابن الحاجب لغو وقال عياض المسئلة الاولى أنت حر وعليك كذا أو على ان عليك كذا هما سواء يعتق العبد وان لم يرض قلت فهذه المسئلة والتي ذكرها ابن عبد السلام سواء فتأمله انتهى وهو الذي حمله ابن رشد عليه فتحصل من كلام ابن الحاجب وفهم ابن راشد وابن عرفة أنه لافرق بين أن يقول أنت حر على ألف أو على ان عليك ألفا والله أعلم (تنبيه) ومثل قوله أنت حر وعليك ألف قوله أنت حر الساعة على أن تدفع الى ألفا قال أبو الحسن الصغير في كتاب العتق الثاني قال ابن يونس المحصول من قول مالك انه ان قال أنت حر الساعة مثلا وعليك مائة دينار أو على ان عليك مائة دينار أو على أن تدفع الى مائة دينار انه حر ويتبع بالمائة أحب أم كره وان قال أنت حر ولم يقل الساعة مثلا ففي قوله أنت حر وعليك أو على أن عليك يعتق أيضا ويتبع مثل الأول وان قال على أن تدفع لا يعتق حتى يدفع لأنه لم يتبل عتقه الا بعد دفع المال انتهى ومثله على أن تؤدى اذ لافرق بينهما كما صرح به ابن رشد في المقدمات وعياض في التنبيهات وغيرهما وكذلك لو لم يقل الساعة ولكنه أراده فانه بمنزلة مالو تلفظ به قاله في العتق الثاني من المدونة في الموضع الذي هذا شرحه وسيأتي لفظه والله أعلم ص ﴿ وخير العبد في الالتزام والرد في حر على أن تدفع أو تؤدى أو ان أعطيت ونحوه ﴾ ش هذه هي المسائل الثلاثة الباقية وقوله ونحوه معطوف على المجرور بفي ونحوه على أن تدفع الى أو تؤدى الى أو تعطيني أو تجيئني بكذا قاله في التنبيهات ونحوه ان أعطيت أو أديت أو جئتني أو اذا أو متى وقاله في العتق الثاني من المدونة واذا خير العبد في الرد والقبول فان رد فلا كلام وان قبل فلا يعتق الا بالاداء صرح به في العتق الثاني منها (تنبيهات * الأول) لا ينجم عليه في هذه الصورة قاله في المدونة أيضا (الثاني) قال فيها ليس للعبد أن يطول بسيده ولا للسيد أن يعجل بيعه الا بعد تلوم السلطان بقدر ما يرى وسيأتي الخلاف فيه في كلام عياض (الثالث) قال فيها أيضا وان دفع الالف عن العبد أجنبي أجبر السيد على أخذها وعتق العبد ولو دفع العبد ذلك من مال كان بيد العبد فقال السيد ذلك المال لي فليس له ذلك لان العبد هاهنا كالمكاتب يتبعه ماله ويمتنع السيد من كسبه أيضا انتهى (الرابع) قال في المدونة لو قال أنت حر على أن تدفع الى مائة دينار الى سنة فقبل ذلك العبد فان لم يقل حر الساعة أو يرد ذلك لم يعتق العبد الا بالاداء عند مالك ويتلوم له بعد محله فان تجز رق وقوله ان جئتني بكذا أو الى أجل كذا فأنت حر من القطاعة ومن ناحية الكتابة ويتلوم له كالمكاتب وليس له بيعه قال أبو الحسن قال اللخمي و يحال بين السيد ومال العبد وخراجه وله أن يسعى فيما لزم من المال و يضرب له من الأجل بقدر ما يرى انه يحضره فيه وان لم يأت به تلوم له ولا يمكن العبد أن يطول على السيد فان لم يحضره كان رقيقا انتهى (الخامس) قال عياض في التنبيهات بعد ذكره الخلاف في المسئلة الخامسة وهي قوله ان أعطيتني ولكن يختلف هل تفويض في ان واذا ومتى وللعبد ذلك وان طال الزمان وهو قول مالك في المبسوط قال له ذلك مادام في ملكه وان طال زمانه و يلزم ذلك ورثته من بعده قال ابن القاسم ولا سبيل الى بيعه في هذه الوجوه ولا هبته حتى يوقف عند الامام و يتلوم له أو يعجزه ومثله في المدونة على قياس قول مالك وفي العتبية ان طال الزمان لم يلزم السيد ما جاء به ونحوه

(وخير العبد في الالتزام والرد في أنت حر على أن تدفع أو تؤدى أو ان أعطيت ونحوه) عياض المسئلة الخامسة ان أديت الى أو أعطيتني أو جئتني أو اذا أو شبه ذلك فظاهر في الحكم في العتق وما آل الأمر الى انه لافرق بين ذلك وبين قوله على أن تدفع الى وأنه لا يلزمه العتق الا برضاه ودفعه ما لزمه وان له أن لا يقبل و يبقى رقا ونص المدونة قال مالك ان قال أنت حر على أن تدفع الى مائة دينار لم يعتق الا بادائها قال ابن القاسم وللعبد أن لا يقبل و يبقى رقا ذكر السيد أجلا للمال أم لا

﴿ باب ﴾ (ان أقر السيد بوطء) ابن الحاجب تصير الأمة أم ولد بثبوت اقرار السيد بالوطء وثبوت الاتيان بولد حى أو ميت علقة فما فوقها مما يقول النساء انه حمل ولو ادعت سقطا من ذلك ورأى النساء أثره اتبع (ولا يمين ان أنكر) اللخمى ان ادعت وطأه وأنكر صدق * محمد ولا يمين عليه وان كانت رائعة قال مالك اذا أتت المملوكة بولد لم يلحق بالسيد الا أن يقر بالوطء واذا أتت الزوجة بولد لحق به وان لم يقر بالوطء قال عبد الوهاب وفى كلا الموضعين فالوطء مباح له قال مالك لا ينتفى ولد حرة الا بلعان بخلاف ولد الأمة قال عبد الوهاب وفى كلتيهما الفراش موجود (كان استبرأ بحيضة ونفاه وولدت لستة أشهر) من المدونة من أقر بوطء أمته وادعى بعده انه استبرأها بحيضة ونفى ما أتت به من ولد صدق فى الاستبراء ولم يلزمه ما أتت به من ولد للأكثر من ستة أشهر من يوم الاستبراء * ابن عرفة قوله لأكثر من ستة أشهر يريد أو ستة (والا لحق به ولو لاكثره) من المدونة ان أقر بوطء أمته ثم أتت بولد فقال لها لم تلديه منى ولم يدع الاستبراء لزمه ما أتت به من ولد لاقصى ما تلد له النساء الا أن يدعى الاستبراء بحيضة (ان ثبت القاء علقة ففوق) تقدم نص ابن الحاجب وانظر فى العدة عند قوله وان دما اجتمع (ولو بامرأتين) اللخمى اختلف ان شهدت امرأتان بالولادة فقال ابن القاسم تكون أم ولد (كادعائها سقطا رأين أثره) من المدونة ان أقر بوطء أمته فأتت بولد فأنكر السيد أن تكون ولدته فقال لا يكاد يخفى على الجيران السقط والولادة وانها لوجوه يصدق النساء فيها وهو الشأن

للمخزومى فى المدونة والمبسوط ومذهب سحنون انه متى قاما من المجلس فلا حرية للعبد وان جاءه بالمال انتهى وقوله فى هذه الوجوه يعنى به المسائل الثلاث وهى على أن تدفع أو على أن تؤدى أو ان أعطيت وهذا كلام عياض الموعود به واشتمل أوله على مسئلة وآخره على مسئلة أخرى (السادس) ان قيل ما الفرق بين قوله أنت حر على ان عليك ألفا و بين قوله على أن تدفع قيل الفرق انه اذا قال ان عليك ألفا فقد ألزمه ذلك ولم يجعله اليه وللسيد أن يلزم عبده ويجبره على العتق على المال وعلى التزويج قاله أبو الحسن وليس فى هذه مصادرة لان الكلام مع من يسلم ان للسيد أن يجبر عبده ويلزمه ولكنه يسئل لم جعل هذا اللفظ يدل على الالزام وهذا لا يدل عليه واذا قال على أن يدفع فقد جعل الدفع اليه فكأنه جعل للعبد فى ذلك اختيارا ونظر الصرفه العمل اليه وفى قوله على أن عليك كأنه ألزمه ولم يجعل له فى ذلك رأيا ولا اختيارا بل ظاهره الجبر على الدفع فتأمله وهذا مأخوذ من المقدمات ومن الرجراجى وتقدم فى كلام أبى الحسن شئ من هذا فى الكلام على القولة الاولى والله أعلم (السابع) اذا كانت المقول لها أمة فكل ما ولدت بعد ذلك فانه يعتق اذا أدت الالف وخرجت حرة قال مالك كل شرط كان فى أمة فما ولدت بعد الشرط من ولد أو كانت حاملا به يوم شرط لها ذلك فولدها فى ذلك الشرط بمنزلتها انتهى من اعتقها الثانى (الثامن) قال فيه واذا قال لعبده ان أديت الى اليوم مائة دينار فانت حر فمضى اليوم ولم يؤد شيأ فلا بد له من التلوم انتهى والله أعلم

ص ﴿ باب ﴾

﴿ ان أقر السيد بوطء ولا يمين ان أنكر كان ادعى استبراء بحيضة ﴾ ش هذا الباب يسمى باب أمهات الأولاد والأم فى اللغة أصل الشئ والجمع أمات وأصل الام أمهة ولذلك يجمع على أمهات وقيل الأمهات للناس وأمات للنعم وأم الولد فى اللغة عبارة عن كل من ولد لها ولد وهو خاص فى استعمال الفقهاء بالامة التى ولدت من سيدها وجرت عادة الفقهاء بترجمة هذا الباب بالجمع ولعل سبب ذلك تنوع الولد الذى تحصل به الحرية فقد يكون تام الخلقة وقد لا يكون كذلك من مضغة وغيرها عياض ولام الولد حكم الحرائر فى ستة أوجه وهى انه لاخلاف انهن لا يبعن فى دين ولا غيره ولا يرهن ولا يوهبن ولا يؤاجرن ولا يسلمن فى جناية ولا يستسعين وحكم العبيد فى أربعة أوجه انتزاع مالهن مالم يمرض السيد واجبارهن على النكاح على القول به واستخدامهن فى الخفيف الذى لا يلزم الحرة وكونهن لسيدهن له فيهن الاستمتاع انتهى من التوضيح (تنبيه) قال فى رسم العشور من سماع عيسى من كتاب الجامع قال ابن القاسم بلغنى أن القاسم بن محمد بن أبى بكر الصديق وسالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب وعلى بن الحسين بن على بن أبى طالب كانوا بنى أمهات أولاد قال ابن رشد انما ذكر هذا ليتبين ان هذا ليس مما يعاب به أحد وهو بين قال الله تعالى ان أكرمكم عند الله أتقاكم انتهى وقوله ولا يمين ان أنكر كان ادعى استبراء قال فى تهذيب الطالب وسألت الشيخ أبا بكر بن عبد

(عتقت من رأس المال) هذا جواب ان أقر قال ابن رشد اذا ولدت الأمة من سيدها الحر فقد حرم عليه بيعها وهبتها ورهنها والمعاوضة على رقبتها أو على خدمتها واسلامها فى الجناية وعتقها فى الواجب وليس له منها الا الاستمتاع بالوطء فادون طول حياته وهى حرة من رأس ماله بعد وفاته (وولدها من غيره) عبارة ابن الحاجب أبين قال ولدها من غيره بعد الاستيلاء يعتق بموت السيد قال ابن رشد وهم بخلاف السيد فى الاستخدام والاستئجار له أن يستخدمهم ويؤاجرهم لكن لا يطأ الأمة لانها كالربيبة (ولا يردها دين سبق) الجلاب من كان عليه دين محيط بماله فوطئ أمة له فحملت صارت أم ولد ولم تبع فى دينه (كاشتراء زوجة حاملا) ابن رشد اختلف قول مالك فيمن تزوج أمة ثم اشتراها وهى حامل فمرة قال انها تكون أم ولد لانه عتق عليه وهو فى بطنها وهو مذهب ابن القاسم وأكثر أصحاب مالك (لا بولد سبق) من المدونة ان اشترى زوجته وقد كانت ولدت منه قبل الشراء لم تكن به أم ولد الا أن يشتريها حاملا منه (أو ولدت من وطء بشبهة) ابن الحاجب لو نكح أمة أو وطئها بشبهة فولدت ثم اشتراها لم تكن له بذلك أم ولد (الا أمة مكاتبه) من المدونة من وطئ أمة مكاتبه فأتت بولد لحق به وكانت به أم ولد ولا يحد إذ لا يجتمع النسب والحد وعليه قيمتها ولا قيمة عليه للولد (أو ولده) من المدونة من وطئ أمة ابنه الصغير والكبير درئ عنه الحد وقومت عليه يوم الوطء وكانت له أم ولد (ولا يدفعه عزل) من سماع عيسى من اللخمى من أقر أنه وطئ جاريته فان لم ينزل أصلا لم يلزمه الولد وان أنزل وعزل الماء عن الموطوءة وأنزله خارجا منها احتمل أن يكون يسبقه شئ فوجب أن يلزمه الولد (أو وطئ بدبر أو بين فخذين ان أنزل) اللخمى ان قال وطئت ولم أنزل قبل قوله وان قال كنت أعزل ألحق به الا أن يكون العزل البين فقد يكون الانزال بحركة فى الفرج خارجا وان كان الوطء فى الدبر أو بين الفخذين فيهما قولان قيل يلحق به الولد لان الماء يصل الى الفرج وقيل لا يلحق به الولد لان الماء اذا باشره الهواء فسد والاول أحسن وجاز برضاها اجارتها من المدونة ليس فى أم الولد لسيدها خدمة ولا غلة وفى الجلاب من آجر أم ولد فسخت اجارته * الباجى وقال ابن القاسم تبتذل أم الولد الدنية فى الحوائج الخفيفة مما لا تبتذل فيه الرفيعة (وعتق على مال) من المدونة ليس للرجل أن يكاتب أم ولد انما يجوز أن يعتقها على مال يتعجله منها انتهى وكنت سئلت عن نصرانية ولدت من سيدها هل يجوز فداؤها فقست ذلك على هذه المسئلة وان الفداء ليس ببيع وانظر لو أراد أن يعجل عتقها على شرط اسقاط حضانتها فقال الباجى (٢) (وله قليل خدمة فيها) تقدم قول ابن القاسم فى الحوائج الخفيفة (وكثيرها فى ولدها من غيرها) الباجى لا خلاف ان له استخدام ولد أم الولد (وارش جناية عليها وان مات فلوارثه) انظر هذا من المدونة ارش

الرجن عن الامة تأتى بولد فينكره السيد ويدعى الاستبراء فلا يلحق به هل تحد فوقف عن الحدود وذكر أن الشيخ أبا الحسن وقف فى ذلك قال الشيخ أبو بكر وهى شبهة تدفع الحد والمرأة قد تهرق الدم على الحمل والحد يسقط عنها عندى وكذلك قال غيره من شيوخنا القرويين انها شبهة تدفع الحد قال ألا ترى أن عبد الملك يحلفه على ما ادعى من الاستبراء قال وأما لو أنكر أن يكون وطئها أصلا فههنا تحد اذ لا أحد علمناه يقول ان عليه اليمين اذا كان يقول ما وطئها أصلا انتهى (مسئلة) قال فى رسم المكاتب من سماع يحيي من كتاب العتق فى أمة أقرت بعد موت سيدها انها أتت بهذا الولد من فاحشة وقامت بينة أن السيد كان أقر بوطئها فان الولد يلحق به واقرارها بالزنى لا ينفيه عن والده ولا يوجب اقرارها ملكها بل هى حرة من رأس المال والله أعلم ص ﴿عتقت من رأس ماله﴾ ش قال الجزولى أنظر اذا تركها حاملا هل تعتق فى الحال أو تنتظر حتى تضع اذ قد ينفش الحمل قولان المشهور تعتق فى الحال وعليه اختلف فى نفقتها فقيل فى التركة وقيل على نفسها وعلى القول الآخر نفقتها فى التركة انتهى وانظر المسئلة فى أول سماع أشهب من كتاب الاستبراء وأمهات الاولاد وفى رسم سعد من سماع ابن القاسم من طلاق السنة فانه صرح فيه بان المشهور انها حرة بتبين الحمل وانه لا نفقة لها ولا سكنى وكذلك أم الولد اذا مات سيدها وهى حامل فلا نفقة لها ولا سكنى على المشهور فانظره ص ﴿كاشتراء زوجته حاملا﴾ ش هذا هو المشهور يريد اذا لم تكن ملكا لمن يعتق عليه ولدها كأبيه ونحوه فان كانت لم تكن بذلك أم ولد بلا خلاف قاله فى التوضيح أما ان أعتق البائع ولدها ففى ذلك قولان وانظر المسئلة فى ابن يونس واقتصر فى التوضيح على انها تكون به أم ولد قال ومن تزوج أمة والده فمات فورثها وهى حامل فان كان حملا ظاهرا أو لم يكن ظاهرا ووضعته لأقل من ستة أشهر لم تكن به أم ولد لأنه عتق على جده وان وضعته لستة أشهر فأكثر فهى به أم ولد ص ﴿ولا يدفعه عزل أو وطء بدبر أو فخذين ان أنزل﴾ ش يعنى ان الولد لا يندفع

ماجنى على أم الولد لسيدها ❊ محمد ولومات السيد قبل قبض الارش قال ابن القاسم أول قول مالك انه لورثته وأنا استحسن ما رجع اليه وهو أن يكون لها (والاستمتاع بها) من المدونة انماله في أم ولده الاستمتاع (وانتزاع مالها مالم يمرض) الجلاب اذا أعتقت أم الولد بعد وفاة سيدها تبعها مالها ولا بأس أن يوصى الرجل لأم ولده وللرجل أن ينتزع مال أم ولده في حياته مالم يمرض مرضا مخوفا (وكره له تزويجها وان برضاها) الجلاب ليس للرجل أن يجبر أم ولده على النكاح وقد كره له أن يزوجها برضاها (ومصيبتها ان بيعت من بائعها ورد عتقها) الجلاب من باع أم ولد فسخ بيعه ورد الثمن على المبتاع ولو أعتقها مبتاعها رد عتقه فان ماتت عند مبتاعها لم يضمن ثمنها ولا قيمتها (وفديت ان جنت

عنه بقوله كنت أعزل اذا أقر انه كان ينزل ولا يندفع عنه بانه كان يأتيها في دبرها اذا أقر بالانزال ولا يندفع بالوطء بين الفخذين اذ الاقرب الانزال أيضا فقوله ان أنزل قيد في المسائل الثلاث قال في سماع عيسى بن معاوية من ابن القاسم من كتاب الاستبراء وأمهات الاولاد قال ابن القاسم من زعم انه وطئ جاريته وانه يعزل فأتت بولد فانها أم ولده الا أن يدعى الاستبراء قال ابن القاسم ومن زعم انه لا يطأ جاريته ولا ينزل فأتت بولد فلا يلحقه ولا تكون أم ولد الا ان زعم انه كان يفضى وينزل و يعزل فالعزل قد يخطئ و يصيب ولذلك ألزمه الولد واذا قال كنت أطأ ولا أنزل فانه ليس ههنا موضع خوف في ان يكون قد أفضى فيها بالعزل فلذلك لم يلزمه الولد ابن رشد هذا بين لأن الولد انما يكون من الماء الدافق قال الله عز وجل فلينظر الانسان مم خلق خلق من ماء دافق فاذا لم ينزل أصلا علم انه لم يكن ما يكون عنه الولد فوجب ان لا يلزمه واذا وطئ وأنزل فعزل الماء عن الموطوءة وأنزل خارجا منها احتمل ان يكون لم يعزله بجملته وسبقه شئ كان عنه الولد فوجب أن يلزمه لأنها صارت فراشا له بوطئه اياها فوجب ان يلحق به حتى يوقن أنه ليس منه وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث العزل ما من نسمة كائنة الى يوم القيامة الا وهى كائنة اخبار ان الولد قد يكون مع العزل اذا شاء الله ان يكون وقال في آخر كتاب الاستبراء من المدونة ومن قال كنت أطأ أمتى ولا أنزل فيها فان الولد يلحقه ولا ينفعه أن يقول كنت أعزل فذهب بعض الناس الى ان ذلك خلاف رواية موسى هذه في قوله فيها انه من قال كنت أطأ ولا أنزل ان الولد لا يلحقه ومنهم من قال كنت أعزل وليس شئ من ذلك كله بصحيح لأن في قوله ولا أنزل فيها دليل على انه كان ينزل خارجا عنها وهذا هو العزل بعينه فعنه سأله وعليه أجابه فلا خلاف في رواية موسى لما في المدونة وهى مفسرة لها انتهى قال الشيخ أبو الحسن في شرح قوله في المدونة في أول كتاب أمهات الاولاد ومن أقر بوطء أمته ولم يدع الاستبراء لزمه ما أتت به من ولد لاقصى ما تلد النساء له الا ان يدعى الاستبراء بحيضة قال قوله ومن أقر بوطء أمته يريد الوطء التام وأما ان قال كنت لا أنزل كان القول قوله و يحلف وان قال كنت أعزل لحق به انتهى وقال في التوضيح بعد ان نقل الكلام على العزل قال ابن القاسم ولو قال كنت أطأ ولا أنزل لم ألزمه الولد انتهى وأما مسئلة الوطء في الدبر فلابد من اشتراط الانزال فيها لأنه اذا اشترط في القبل فاحرى هو وأما مسئلة الوطء بين الفخذين فنص عليهما في آخر كتاب الاستبراء من المدونة ونصه ان قال البائع كنت أفخذ ولا أنزل و ولدها ليس منى لم يلزمه قال أبو الحسن قال عياض لأنه لو قدرنا هنا انزالا بين الفخذين فهو يسير ولا يصل ليسارته للفرج بخلاف لو أنزل هناك ماءه كله أو كثيرا منه فهذا يخشى أن يسرى الى الفرج قال ابن المواز كل وطء في موضع ان أنزل عنه وصل الى الفرج لحق به الولد قال الشيخ أبو الحسن جعلها عياض على ثلاثة أوجه ان كان وطؤه وانزاله في الاعكان وغير ذلك من جسدها مما يتحقق انه لا يصل الى الفرج منه فهذا لا يلحق به عندهم ولدا انتهى الثاني أن يكون بين الفخذين وقد تقدم الثالث أن يكون بين الشفرين فهذا لم يختلف فيه في لحوق الولد منه وكذلك اختلف في الحاقه من الوطء في الدبر انتهى ثم قال في مسئلة العزل وقد نزل هذا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الرجل كنت أعزل فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الوكاء ينفلت وألحق به الولد قال عياض الوكاء بكسر الواو ممدود استعارة وتشبيه بخروج الماء في الفرج قبل العزل والوكاء الخيط الذي يشد به فم القربة انتهى ص ❊(ومصيبتها ان عتقت من بائعها و رد عتقها ❊ ش قال في التوضيح واذا صح رد العتق فأحرى

بأقل القيمة يوم الحكم والارش) من المدونة قال مالك من أحسن ماسمعت فى جناية أم الولد أن يلزم السيد الاقل من ارش جنايتها أو قيمتها أمة يوم الحكم وتقوم بغير مالها (وان قال فى مرضه ولدت منى ولا ولد لها صدق ان ورثه ولد) من المدونة من قال فى مرضه كانت هذه ولدت منى فان لم يرثه ولد لم يصدق وان ورثه ولد صدق (وان أقر مريض بايلاد أو عتق فى صحته لم يعتق من ثلث ولا رأس مال) ابن زرقون من أقر فى مرضه انه كان فعل شيأ فى صحته مثل عتق أو ايلاد سادس الأقوال قول المدونة لا ينفذ من ثلث ولا رأس مال * ابن رشد من قال فى مرضه كنت أعتقت عبدى هذا فى صحتى ومات من مرضه ففيه ثلاثة أقوال القول الثانى ان ورثه ولد عتق من رأس ماله وان ورثه كلالة لم يعتق الا من الثلث وهذا فيمن أقر فى مرضه بأن أمته ولدت منه ولا فرق بين المسئلتين وتعقب ابن عرفة هذا التخريج (وان وطئ شريك فحملت غرم نصيب الآخر فان أعسر خير فى اتباعه بالقيمة يوم الوطء أو بيعها لذلك وتبعه بما بقى و بقيمة نصف الولد) من المدونة ان وطئ أحد الشريكين أمة بينهما فلم تحمل خير شريكه فى تماسكه بحظه واتباع الواطئ بنصف قيمتها يوم وطئها لانه كان ضامنا لها لو ماتت بعد وطئه ولا حد على الواطئ ولا عقد عليه و يؤدب ان لم يعذر بجهل مهر الموطوءة بشبهة * ابن شاس اذا وطئ الامة أحد الشريكين فحملت فان كان موسرا غرم نصف قيمتها يوم الحمل وان كان معسرا قومت عليه واتبعه بنصف قيمتها ان شاء الشريك أو بيع ذلك النصف المقوم فيما يجب عليه من القيمة و يتبعه بنصف قيمة الولد (وان وطئاها بطهر فالقافة ولو كان ذميا أو عبدا

الكتابة والتدبير وكذلك لا يفيتها ايلاد المشترى وان كان عالما أنها أم ولد للبائع غرم قيمة الولد واختلف اذا غره وكتمه انها أم ولد فقال ابن الماجشون عليه قيمة الولد وقال مطرف لا شئ عليه لأنه أباحه اياها اللخمى وهو أحسن انتهى وفى الشامل فان ولدها المبتاع لحقه الولد ولا قيمة فيه بخلاف مالو بيعت بغير رضا البائع وهل يقوم عبدا أو على الترقب قولان ولو زوجها المبتاع لعبده ردت مع ولدها على الاصح انتهى (فرع) قال فى التوضيح اذا فسخ البيع فظاهر المذهب لا شئ على البائع بما أنفقه المشترى ولا من قيمة خدمته وقال سحنون يرجع عليه بالنفقة يريد ورجع هو بالخدمة قاله اللخمى واذا نقض البيع تحفظ من البائع لئلا يعود ولا يمكن من السفر بها وان خيف عليها ولم يمكن من التحفظ منه أعتقت عليه انتهى (فرع) وان غاب المشترى ولم يعلم مكانه تصدق بالثمن قاله فى التوضيح (فرع) قال فى التوضيح وهذا اذا باعها لا يشترط الحرية والعتق فان باعها على انها حرة فقال أصبغ لا ترد وولاؤها لسيدها ويسوغ له الثمن كما لو أخذ مالا على أن يعتقها ولو باعها على أن يعتقها المبتاع لا على انها حرة ساعتئذ فهذه ترد مالم تفت بالعتق فيمضى عتقها والولاء للبائع ويسوغ له الثمن لأن المبتاع علم أنها أم ولد وشرط فيها العتق فكأنه فكاكه ولو لم يعلم انها أم ولد لرجع بالثمن انتهى ص ﴿ بأقل القيمة يوم الحكم والارش ﴾ ش أى قيمتها على انها أمة قاله فى المدونة فى كتاب الجنايات ونصه قال مالك أحسن ماسمعت فى جناية أم الولد ان يلزم السيد الاقل من ارش جنايتها أو من قيمتها أمة يوم الحكم زادت قيمتها أو نقصت وذلك عوض من اسلامها لما لم يكن سبيل الى رقها وكذلك ما استهلكت وأفسدت بيدها أو دابتها أو بحفر حفره حيث لا ينبغى لها أو اغتصبت أو اختلست لأن هذه كلها جنايات وعلى السيد فيها الاقل كما ذكرنا انتهى وقاله فى التوضيح ص ﴿ وان وطئها بطهر فالقافة ﴾ ش هذا اذا وطئ الامة بملك اليمين فان كان بملك اليمين وبالنكاح فلا يخلو اما أن يكون النكاح سابقا أو ملك اليمين سابقا فان كان ملك اليمين سابقا كما اذا وطئ أمته ثم زوجها قبل أن يدعى الاستبراء فان أتت به لأقل من ستة أشهر من وطء الزوج فان الولد لا يلحق به ويلحق بالسيد الا أن يدعى الاستبراء أى وينفى الولد وان أتت به لستة أشهر فأكثر فاختلف فى ذلك فقيل تدعى له القافة قال اللخمى وهو قول مالك وروى عن ابن القاسم وقال مالك هو للزوج وقال محمد بن مسلمة هو للاول لأن وطأه صحيح والثانى فاسد وقال الرجراجى ان الاول هو المشهور وأما ان تقدم الوطء بالنكاح على الوطء بالملك فالولد للزوج ولا ينفيه الا بلعان قال فى كتاب أمهات الاولاد من المدونة قال اللخمى وكذلك لو تقدم الوطء بالملك وكان النكاح بعد الاستبراء فالولد للزوج انظره (فرع) قال فى كتاب أمهات الاولاد من المدونة قال مالك فى رجل زوج أمته عبده أو أجنبيا ثم وطئها السيد فأتت بولد فالولد للزوج الا أن يكون الزوج معزولا عنها مدة فى مثلها براءة للرحم فانه يلحق بالسيد لأنها أمته ولا يحد وكذلك الجواب ان أتت بولد لستة أشهر من يوم زوجها فأكثر فادعاه السيد

فان أشركتهما فسلم ووالى اذا بلغ أحدهما) من المدونة ان كانت أمة بين رجلين حرين أو عبدين أو أحدهما عبد أو ذمى والآخر مسلم فوطئاها فى طهر واحد فأتت بولد فادعياه دعى لهما القافة فمن ألحقته به نسب اليه * ابن يونس يريد أتت بولد لدون ستة أشهر فأكثر من يوم وطء الثانى ومن المدونة ان اشركتهما والى اذا كبر أيهما شاء * ابن شاس ثم لا يكون الامسلما وكذلك فى وطء البائع والمشترى فى طهر واحد (كان لم توجد) ابن يونس ان لم توجد القافة ترك الولد الى بلوغه فيوالى من شاء كما لو قالت القافة اشتركا فيه أو ليس هو لواحد منهما وقاله بعض علمائنا وهو أولى ثم ذكر القول الآخر (وورثاه ان مات أولا) ابن شاس ان مات قبل الموالاة فهو ابن لهما ثم حكى القول الآخر (وحرمت على مرتد أم ولده حتى يسلم ووقفت كمدبرة ان فر لدار الحرب) قول ابن القاسم ان من ارتد ولحق بأرض الحرب فتنصر بها وقف ماله وأم ولده ومدبره وتحرم على المرتد أم ولده فى ردته حتى يسلم فان أسلم رجعت اليه أم لده وعاد اليه ماله وقال ابن عرفة رجوع أمهاته اليه باسلامه ولزوم عتقهن عليه قولا ابن القاسم وأشهب وقد تقدم قول المدونة ان أسلم فى عدة زوجة فلا رجعة (ولا تجوز كتابتها وعتقت ان أدت) من المدونة ان كانت أم ولده فسخت كتابتها الا أن تفوت بالوطء فتعتق ولا ترجع فيما أدت

﴿ فصل ﴾

(الولاء لمعتق وان بيع من نفسه) ابن عرفة الولاء لمن ثبت العتق عنه ولو بعوض وانظر قبل هذا عند قوله وان قال لنفسى فحر وولاؤه لبائعه (أو أعتق غيره عنه بلا اذن) أبو عمر من أعتق عن غيره باذنه أو بغير اذنه فمشهور مذهب مالك ان الولاء للمعتق (أو لم يعلم سيده بعتقه حتى عتق) من المدونة

أو أتت به لأقل من ستة أشهر وقد دخل بها زوجها فسد نكاحه ولحق الولد بالسيد ان أقر بالوطء الا ان يدعى الاستبراء قال ابن يونس قوله معز ولا عنها فى مدة فى مثلها براءة للرحم قال أصبغ وذلك حيضة أو قدرها قال ابن المواز ولقد نزلت فأفتى فيها وأنا حاضر ان كان زوجها معز ولا عنها قدر الشهر ونحوه فانه يلحق بالسيد ولا يحد و يؤدب ان لم يعذر بجهل وترد المرأة الى زوجها اذا وضعت فاذا مات سيدها عتقت انتهى ص ﴿ فان اشركتهما فسلم ووالى اذا بلغ أحدهما كان لم توجد وورثاه ان مات أولا ﴾ ش قوله فسلم أى يحكم للولد بحكم الاسلام حتى يبلغ فيوالى أيهما شاء فأى من والاه لحق به ولكنه لا يكون الا مسلما أنظر اللخمى والمدونة وأبا الحسن الصغير وتقدم فى باب الاستلحاق عن البرزلى فى مسائل النكاح انه اذا فرض عدم القافة فانه اذا كبر الولد والى أيهما شاء فمن والاه لحق به ولا يكون الا مسلما بمنزلة ما اذا أشكل الامر فان مات قبل ذلك ورثاه وان ماتا ورثهما معا اهـ وهو معنى قول المصنف كان لم توجد وورثاه ان مات أولا والله أعلم وقال ابن عرفة الصقلى ان لم توجد القافة بعد الاجتهاد فى طلبها ترك الولد الى بلوغه يوالى من شاء كما لو قالت القافة اشتركا فيه أو ليس هو لأحد منهما وقال بعض علمائنا وهو أولى من قول من قال يبقى موقوفا حتى توجد القافة سحنون ان قالت القافة ليس لواحد منهما دعى له آخرون ثم آخرون كذا أبدا لأن القافة انما دعيت لتلحق لا لتنفى انتهى ص ﴿ ولا تجوز كتابتها وعتقت ان أدت ﴾ ش يعنى انه لا يجوز لسيد أم الولد ان يكاتبها قال فى كتاب أمهات الاولاد من المدونة وليس للرجل ان يكاتب أم ولده وانما يجوز له ان يعتقها على مال يتعجله منها فان كاتبها فسخت الكتابة الا أن تفوت بالاداء فيعتق ولا ترجع فيما أدت اذا كان للسيد انتزاع مالها مالم يمرض انتهى فظاهر المدونة انه لا تجوز كتابتها مطلقا برضاها أو بغير رضاها قال أبو الحسن الصغير وعليه حملها عبد الحق فقال ان قيل لم لا تجوز كتابة أم الولد برضاها وهى طائعة بمال ان أدت فى حياة سيدها عتقت وان لم تؤد كانت على حالها أم ولد تعتق بالموت قال لأنها معاوضة بينها وبين سيدها فيها غرر انتهى وحملها اللخمى على ان المنع اذا لم يكن برضاها وأما برضاها فيجوز وعلى ذلك مشى صاحب اللباب وجعله كأنه المذهب وانظر كلام اللخمى فى تبصرته وقال فى التوضيح ومنع فى المدونة كتابتها لكن ذلك محمول عند الاشياخ على ما اذا لم ترض أما لو رضيت فيجوز كالاجارة انتهى

ص ﴿ باب ﴾

﴿ الولاء لمعتق ﴾ ش الولاء بفتح الواو ممدود من الولاية بالفتح بمعنى القرب وأصله من الولى وأما من الولاية والتقديم فبكسر الواو وقيل بالوجهين فيهما ص ﴿ ان لم يعلم السيد بعتقه حتى عتق ﴾ ش يعنى ان العبد اذا أعتق فى حال رقه ولم يعلم بذلك سيده حتى عتق العبد فان الولاء للعبد يريد اذا لم يستثن السيد ماله حين العتق لأن عتق العبد حين رقه موقوف والعبد المعتوق من جملة ماله فاذا لم يستثن السيد ماله تبعه ولزم العتق الذى فعله فى حال رقه فان استثنى السيد ماله

فالعبد من جملة المال وهو رق للسيد وكذلك لو علم السيد بعتقه قبل ان يعتقه فرده بطل عتقه وصار العبد رقيقا فان استثنى السيد ماله فهو له وان لم يستثن ماله كان رقيقا للعبد ولا يلزمه عتقه في حال الرق اذا أبطله السيد وان علم السيد بالعتق وأجازه مضى وكان الولاء للسيد فان علم فلم يرد ولم يمض حتى عتق العبد فقال ابن المواز مضى ذلك وكان الولاء للعبد ابن المواز لأن العبد عند مالك أفعاله على الجواز حتى يردها السيد فلا يبطلها الا رده افصاحا وليس سكوته في ذلك اذنا ولا ردا فحين أعتقه تبعه ماله فجاز عتقه وكان الولاء له انتهى وقال في الشامل ولو علم به فلم يرد حتى أعتقه فالولاء له وقيل للسيد انتهى ونقل القولين في التوضيح وعزا الاول لابن المواز والثاني لابن الماجشون انتهى (فرع) قال في أول كتاب الولاء من المدونة فان أعتقت عبدك عن عبد رجل فالولاء للرجل ولا يجره عبده ان أعتق كعبد أعتق عبده باذن سيده ثم أعتقه سيده بعد ذلك انه لا يجر الولاء وقال أشهب يرجع اليه الولاء لأنه يوم عقد عتقه لا اذن للسيد فيه ولا رد ابن يونس وهو أحسن انتهى ص ﴿الا كافرا أعتق مسلما﴾ ش أي فانه لا ولاء عليه ولو أسلم السيد بعد ذلك واحترز بقوله أعتق مسلما مما لو أعتق كافرا فان الولاء له عليه فان أسلم العبد المعتق لم يرثه سيده وكان الولاء لعصبة سيده من المسلمين ان كان له عصبة والا فلبيت المال فان أسلم سيده بعد ذلك عاد الولاء له وقاله في المدونة وغيرها وهو معنى قول المصنف وان أسلم العبد عاد الولاء باسلام السيد أي وان أسلم العبد الكافر الذي أعتقه الكافر في حال كفره فان سيده لا يرثه لأن الكافر لا يرث المسلم فان أسلم السيد عاد اليه الولاء ص ﴿ورقيقا ان كان ينتزع ماله﴾ ش يعني أن الرقيق اذا أعتق لا يكون عتقه سببا للولاء اذا كان الرقيق ممن ينتزع ماله كالقن والمدبر وأم الولد اذا لم يمرض السيد والمعتق الى أجل اذا لم يقرب الاجل ويريد اذا كان العتق باذن السيد أو علم به وأجازه وأما اذا لم يعلم بذلك حتى عتق العبد المعتق أو علم ولم يرد ولم يمض حتى عتق العبد المعتق فان الولاء له كما تقدم واحترز بذلك من المكاتب والمعتق بعضه وأم الولد والمدبر اذا أعتقوا في مرض السيد والمعتق الى أجل اذا أعتق قرب الاجل فان هؤلاء اذا اعتقوا باذن السيد وعلم السيد بذلك وأجازه ثم أعتقوا فان الولاء لهم فان لم يعلم بذلك حتى أعتقوا أو علم ولم يرد ولم يمض فالولاء لهم من باب أولى ابن يونس قال ابن المواز أصل مالك وابن القاسم أن كل من للرجل انتزاع ماله فولاء من أعتق باذنه له وأما من ليس له انتزاع ماله فولاء من أعتق باذن السيد راجع اليه ان عتق انتهى وحكى في أم الولد والمدبرة يعتقان في مرض السيد ثلاثة أقوال الاول لأصبغ الولاء لهما وان صح السيد لأنهما أعتقا في وقت ليس للسيد انتزاع مالهما فيه والثاني الولاء للسيد وان مات من مرضه ذلك واختاره ابن عبد الحكم قال وكذلك المعتق بعضه ابن المواز وقاله أشهب في المعتق بعضه فقيل له ألا تراه كالمكاتب لأنه ممن لا ينتزع ماله فقال له للمكاتب سنة وللعبد سنة قال ابن المواز فلم تبق له حجة أكثر من هذا قال ابن القاسم ولاء من أعتقه المعتق بعضه للعبد وهو الصواب وما روى عن ابن القاسم غير هذا فغلط وانما هو عن أشهب انتهى والقول الثالث في المدبر وأم الولد اذا عتقا في مرض السيد لابن المواز انه يوقف فان مات السيد كان الولاء لهما وان صح فله انتهى ص ﴿وعن المسلمين الولاء لهم﴾ ش مسئلة قال الفاكهاني في شرح العمدة في كتاب الشروط في البيوع لو قال أنت حر ولا ولاء لي عليك فقال ابن القصار الولاء للمسلمين ونزل منزلة قوله أنت

لو لم يعلم السيد بأن عبده أعتق عبدا حتى عتق فالولاء للعبد (الا كافرا أعتق مسلما) من المدونة ان أعتق كافر مسلما فولاؤه للمسلمين ولا يرجع لسيده ان أسلم ولا يجره لمسلم غيره (ورقيقا ان كان ينتزع ماله) ابن الحاجب اعتاق العبد في حال يجوز انتزاع ماله ولو باذن سيده ليس بسبب أبدا بخلاف ما لم يعلم السيد به حتى عتق (وعن المسلمين الولاء لهم) ابن رشد اذا قال لعبده أنت حر عن المسلمين وولاؤك لي لم يختلف المذهب ان ذلك جائز والولاء للمسلمين (كسائبة وكره) من المدونة من أعتق سائبة لله تعالى فولاؤها للمسلمين ومعنى السائبة كأنه أعتقه عن المسلمين * اللخمي وكره هذا مالك وابن القاسم (وان أسلم العبد عاد الولاء باسلام السيد) من المدونة ان أعتق نصراني عبده النصراني ثم أسلم بعد عتقه ومات عن مال فميراثه لعصبة سيده النصراني المسلمين لان الولاء كان لسيده حين كان نصرانيا فان أسلم السيد رجع اليه ولاؤه قال سحنون معنى رجوع الولاء في هذا الباب انما هو الميراث والولاء قائم لا ينتقل عنه * ابن يونس صواب لان الولاء كالنسب فكما لا يزول عنه الابوة ان أسلم ولده فكذا الولاء

(وجد ولد المعتق) ابن الحاجب يسترسل على أولاد من أعتق مطلقا * ابن عرفة الأب المعتق يجر ولاء ولده لمعتقه ولو سفل وفى الموطأ اشترى الزبير عبدا فأعتقه وللعبد بنون من امرأة حرة فقال الزبير هم موالينا وقال موالى أمهم موالينا فقضى عثمان بهم للزبير (كأولاد المعتقة ان لم يكن لهم نسب من حر) ابن الشاط موالى النعمة هو سبب العتق المستحق له انتساب الموروث وضربه ثلاثة فذكر الضربين ثم قال الضرب الثالث هو سبب العتق المستحق له انتساب أم الموروث أو عتق أحد من له عليها ولادة من ذكر أو أنثى أو مولى نعمة السبب ثم قال وانما يثبت الولاء لهذا الضرب فى أحوال ثلاثة احداها أن يكون الموروث ابن زنا الثانى أن يكون ملاعنا الثالث أن يكون أبوه رقيقا أو كافرا أما الحالة الاولى فيتعذر جر الولاء فيها لتعذر من يجره وأما الثانية فيجر فيها الاب ولاء ابنه الملاعن فيه الى مواليه عن موالى الأم اذا (٣٦١) كذب نفسه واستلحق الابن وأما الثالثة فيجر فيها أيضا الاب الى مواليه عن موالى الأم اذا أعتق أو أسلم ويجر الجد أيضا الولاء فيها الى مواليه عن موالى الأم مادام الأب رقيقا أو كافرا ثم اذا أعتق الأب أو أسلم جره الى مواليه عن مواليه الى موالى الجد اهـ وقد تقدم اذا أعتق كافر مسلما فولاؤه للمسلمين ولا يرجع للسيد ان أسلم الا لرق (أو عتق لآخر) ابن شاس يسترسل الولاء على أولاد المعتق فيمن لم يمسه منهم رق فأما من مسه الرق فلا ولاء عليه الا لمعتقه أو لمعتق معتقه لان المباشرة أقوى (ومعتقها) ابن الشاط مولى النعمة هو سبب العتق وضربه ثلاثة سبب عتق الموروث أو مولى نعمة سبب فاعلى وسبب عتق أبى الموروث ثم قال أو مولى نعمة السبب ما انتهى وتقدم قول ابن الحاجب مطلقا وقول ابن عرفة ولو سفل انظره عند قوله وجر ولد المعتق (وان أعتق الأب أو استلحق رجع الولاء لمعتقه من معتق الجد والام) تقدم قول ابن الشاط فى الحالة الثانية والحالة الثالثة قبل قوله الا لرق أو عتق لآخر ومن المدونة لو كان لولد الحرة من العبد جد أو جد جد عتق قبل الأب وجر ولاءهم لمعتقه (والقول لمعتق الاب لا لمعتقها الا أن تضع لدون الستة من عتقها) ابن الحاجب لو اختلف معتق الاب ومعتق الام فى الحمل ولا بينة فالقول قول معتق الاب الا أن تضعه لاقل من ستة أشهر من يوم عتقها انظر ابن شاس ومن المدونة ان عتقت أمة تحت حر وولدت منه ولدا قالت عتقت وأنا به حامل وقال الزوج بل حملت به بعد العتق فولاؤه لموالى فالقول قوله (وان شهد واحد بالولاء أو اثنان انهما لم يزالا يسمعان انه مولاه أو ابن عمه

حر عن المسلمين قال الامام وكان بعض شيوخنا يخالفه فى هذا ويرى ان بقوله أنت حر استقر الولاء له واستئنافه بعد ذلك جملة ثانية فى قوله لا ولاء لى عليك لا يغير حكم الجملة الاولى لأنه اخبار عن حكم الجملة الاولى المستقرة بالشرع على خلاف ما حكم الله به فيكون اخباره كذبا وفتواه باطلة والكذب والباطل لا يلتفت اليه ولا يعول فى مثل هذه الاحكام عليه انتهى ص ﴿ وجر ولد المعتق ﴾ ش يعنى ان من أعتق عبدا فان ذلك العتق يجر ولاء ولد ذلك العبد المعتوق وللمعتق بكسر التاء وسواء كانت أمهم حرة أو معتقة قال فى كتاب الولاء من المدونة وكل حرة من العرب أو معتقة تزوجها حر عليه ولاء فانه يجر ولاء ولده منها الى مواليه ويرث ولده من كان يرث الأب ان كان الاب قد مات انتهى من ترجمة العبد يشترى من مال الزكاة وذكر ابن يونس عن الموازية انه لا يرثه وان ميراثه لبيت المال ان كانت الأم عربية ولمواليها ان كانت معتقة ثم قال فى الموازية واذا تزوجت الحرة عبدا فولدت منه أولادا كان الاولاد لموالى الام مادام الأب عبدا فان عتق جر ولاءهم لمعتقه وهو كولد الملاعنة ينسب الى موالى أمه فهم يرثونه ويعقلون عنه ثم ان اعترف به أبوه حد ولحق به وصار ولاؤه الى موالى أبيه وعقله عليهم وكذلك لو كان لولد العبد من الحرة جد أو جد جد حر قد عتق قبل الأب لجر ولاءهم الى معتقه انتهى قال أبو الحسن فاذا أعتق العبد رجع الولاء الى مواليه من موالى معتق الجد انتهى وهذا معنى قول المصنف فيما سيأتى وان عتق الاب أو استلحق رجع الولاء الى معتقه من معتق الجد والأم وقوله فى المدونة وكان الولاء لموالى الأم هذا اذا كانت الأم معتوقة فان كانت حرة كان ميراثه لبيت المال حتى يعتق الاب فان مات مملوكا كان ميراث لولد لبيت المال كما يفهم من المدونة اذ لا ولاء عليه وانظر شرح الحوفى للقعبانى (تنبيه) ظاهر كلام المدونة أن أولياء معتق الاب والجد يجرون الولاء من أولياء الام ولو كان أولياؤهما نسوة وهو كذلك كما نص عليه فى النوادر فى ترجمة جر الولاء ص ﴿ ولم يكن لهم نسب من حر ﴾ ش بان يكون أبوهم عبدا أو يكونوا من زنا أو من أب لاعن أو يكون الاب حربيا بدار الحرب ص ﴿ وان أعتق العبد أو استلحق رجع الولاء الى معتقه من معتق الجد والام ﴾ ش قال ابن الحاجب ومعتق

لم يثبت لكنه يحلف ويأخذ المال بعد الاستيناء) تقدم قوله واستوني بالمال ان شهد بالولاء شاهد أو اثنان انهما لم يزالا يسمعان انه مولاه أو وارثه وحلف ونقل ابن يونس ان الولاء والنسب كالحدود ولا يجوز في ذلك شاهد ويمين ولا يجر بذلك الولاء ولا تجوز فيه شهادة النساء على علم أو سماع وتجوز الشهادة على الشهادة في الولاء (وقدم عاصب النسب ثم المعتق) ابن رشد ولاية العتق انما توجب الميراث عند انقطاع النسب ولما ذكر الشيرازي في أرجوزته ترتيب العصبة بدأ بالأب وختم بابن أخي الجد ثم قال في مولى النعمة ما نصه وحجبه من جملة الارث يجب * بابن أخي الجد ومن به حجب (ثم عصبته

الاب أولى من معتق الام والجد قال في التوضيح الاولوية بمعنى التقديم وفي الموطأ أن الزبير اشترى عبدا فاعتقه ولذلك العبد بنون من امرأة حرة فلما أعتقه الزبير قال هم موالي وقال موالي أمهم هم موالينا فاختصموا الى عثمان فقضى للزبير بولايتهم وكان ينبغي للمصنف أن يبين ان معتق الجد أولى من معتق الام الا أن يقال انه اكتفى عن ذلك بقوله أولا وليس لهم نسب من حر وعلى هذه القاعدة تتفرع هذه المسئلة التي ذكرها المصنف وكذلك فعل ابن الحاجب فاذا كانت الام معتقة وكان الاب والجد رقيقين فالولاء لمعتق الام لانه يصدق عليه انه ليس له نسب من حر فان عتق الجد رجع الولاء لمعتقه فان عتق الاب رجع الولاء الى مواليه وكذلك اذا كان الاب معتوقا ولاعن الام وهي معتوقة فان نسبه قد انقطع باللعان فيكون الولاء لمعتق الام فان استلحق الولد عاد الولاء لمعتق الاب والله أعلم ص ﴿لم يثبت﴾ ش أي لم يثبت النسب ولا الولاء بشهادة الواحد ولا شهادة السماع أما عدم ثبوت ذلك بشهادة الواحد فهو المذهب وأما عدم ثبوت ذلك بشهادة السماع فقال في التوضيح هو مذهب المدونة وبه أخذ أصبغ ابن المواز ولا يعجبني وأكثر قول مالك وابن القاسم وأشهب انه يقضى له بالسماع والولاء والنسب ثم قال في التوضيح فان قيل ما ذكره المصنف معارض لما قاله في الشهادة والمشهور جريها في النكاح والولاء والنسب لان قوله جريها يقتضي ان الولاء يثبت به وتشبيهه هنا بالشاهدين يدل على أنه لا يثبت بها ألا ترى انه قد نص على انه لا يثبت بالشاهد الا أن يقال لا يلزم من الجري الثبوت بل يصدق بأخذ المال أو يكون ما قدمه يعني هنا ليس هو المشهور لقول ابن المواز أكثر قول مالك وابن القاسم وأشهب انه يقضى بالسماع والولاء والنسب أو يقيد قوله جريها في النكاح والولاء والنسب بما اذا مات في غير بلده كما أشار اليه بعض القرويين أو يقال معنى ما في الشهادات اذا كان السماع فاشيا وليس هنا كذلك انتهى وقال ابن رشد في نوازله في مسائل الدعوى وأما شهادة السماع الفاشي بالنسب اذا لم يكن مشهورا عند الشاهد اشتهارا يوجب له العلم فلا يثبت به النسب مع حياة الاب وانكاره على حال وانما يختلف في ذلك بعد الموت على ثلاثة أقوال أحدها أن يكون له المال ولم يثبت له النسب وهو مذهب ابن القاسم والثاني يثبت له النسب والمال والثالث لا يثبتان انتهى ص ﴿وقدم عاصب النسب﴾ ش (فرع) قال في المدونة وللمرأة الحرة ولاء من أعتقت وعقل ما جره مواليها على قومها وموار يثهم لها فان مات فهو لولدها الذكور فان لم يكن لها ولد ذكور فذلك لذكور ولد ولدها الذكور دون الاناث وينتمي مولاها الى قومها كما كانت هي تنتمي فاذا انقرض ولد ولدها رجع ميراث مواليها لعصبتها الذين هم أعقل بها يوم يموت الموالي دون عصبة الولد وقاله عدة من الصحابة والتابعين انتهى وهذا مذهب الشافعي وأبي حنيفة وأصح الروايتين عن أحمد وقد أطال الماورديني في شرح كشف الغوامض في ذلك وذكر أبو داود في سننه في آخر باب الفرائض عن الصحابة وقال ابن بكير لا شيء لولدها من مواليها نقله العقباني في شرح الحوفي ونقله ابن عرفة في مختصره للحوفي ص ﴿ثم عصبته﴾ ش (فرع) قال في المدونة ولا يرث الاخ للام من الولاء شيئا فان لم يترك الميت غيره فالعصبة أولى الا أن يكون من العصبة فيرث معهم قال ابن يونس مثل أن يترك الهالك ابني عم وموالي وأحدهما أخ لام فيكون الولاء بينهما نصفين بنوة العم وتسقط الولادة للام ابن المواز قال أشهب بل يكون الاخ للام أولى بالولاء لانه أقعد بالرحم كما لو ترك الهالك أخا شقيقا وأخا لاب فان الميراث للاخ الشقيق وكما لو ترك ابن عم شقيق وابن عم لاب لكان الشقيق أولى بالولاء والميراث

كالصلاة) ابن رشد ان لم يكن مولاه الذى أعتقه حيا ورثه ولد مولاه ثم ولد ولده وان سفلوا الاقرب فالاقرب فان لم يكونوا فأبوه قال والاولى بالصلاة على الميت الابن ثم ابنه ماسفل ثم الاب ثم الأخ ثم ابنه ماسفل ثم الجد ثم العم ثم ابن العم وان سفل ثم أبو الجد ثم بنوه على هذا الترتيب كولاية النكاح وميراث الولاء (ثم معتق معتقه) ابن رشد ان لم يكن للمعتق ولد ولا ولد ولد فأبوه وأولادهم ماسفلوا فان انقطعوا فيكون الولاء لمولاه ثم لمن يجب له ذلك بسببه (ولا ترثه أنثى الا ان باشرت عتقا أو جره ولاء بولادة أو عتق) ابن الجلاب لا يرث النساء من الولاء شيأ الا ولاء من باشرن عتقه أو كاتبن أو دبرن أو ماجر اليهن واحد من هؤلاء بنسب أو بولاء مثل معتق معتقهن أو ولد من أعتقن وقال ابن الحاجب ولا لانثى ولاء الا على من باشره عتقها أو على من جره ولاؤه لها بولادة أو عتق (وان اشترى ابن و بنت أباهما ثم اشترى الاب عبدا فأعتقه فمات العبد بعد الاب ورثه الابن وان مات الابن أولا فللبنت النصف لعتقها نصف المعتق والربع لانها معتقة نصف أبيه) قال ابن خروف هذه الفريضة تعرف بفريضة القضاة لغلط أربعمائة قاض فيها قال ابن الحاجب فلو اشترى ابن وابنة أباهما ثم اشترى الأب عبدا فأعتقه فمات العبد بعد الأب ورثه الابن دون البنت لانه عصبة المعتق ولو مات الابن قبل العبد للبنت من العبد النصف لانها معتقة نصف المعتق والربع لانها معتقة نصف أبى معتق النصف (فان مات الابن ثم الاب فللبنت النصف بالرحم والربع بالولاء والثمن بجره) ابن شاس وغيره اذا اشترى ابن وابنة أباهما ثم مات الابن فورثه أبوه ثم مات الاب فان البنت ترث من أبيها النصف بالرحم وكان نصف النصف الباقى بالولاء لانها أعتقت نصفه والباقى لأخيها اذهو الذي أعتق نصفه ثم تأخذ نصف هذا الباقي لانها أعتقت نصف والده فصار لها سبعة أثمان المال

ابن يونس وهذا أقيس انتهى قال ابن عرفه ودرجات التعصيب فى القرب فيه كالتعصيب فى الارث الأان الاخ وابن الاخ يقدمان على الجد اذ الحوفى وابن العم على ابن الجد (قلت) وهو مندرج فى الاولى بالمعنى اللخمى اختلف ان كانا ابنى عم أحدهما أخ لام فقال مالك وابن القاسم فى المدونة لافضل للاخ للام وقال أشهب عند محمد الاخ للام أحق لانه أقعد للرحم كما لو ترك المعتق أخوين أحدهما شقيق والآخر للاب (قلت) فى جريان هذا الخلاف فى إرث المال نظر و يرد قياس أشهب بان زيادة الشرط فى الام فى المقيس عليه هى فيما به التعصب فيه بينوة العمومة انتهى وقد حكى فى التوضيح فى باب الفرائض الخلاف فى ميراث النسب أيضا (فرع) منه قال والمذهب انتقاله بموت مستحقه الى أقرب عصبة المستحق المعتق حينئذ لا الى أقرب عصبة المستحق انتهى وعلى هذا يتفرع قول المصنف وان اشترى ابن وابنة أباهما ص ﴿ كالصلاة ﴾ ش يعنى كالصلاة على الجنازة فيقدم الابن ثم ابنه ثم الاب ثم الاخ ثم ابنه ثم الجد ثم العم ثم ابنه ولو قال المصنف كالنكاح لكان أحسن وان كان الحكم سواء لانه لم يبين هذا الترتيب فى الجنائز و بينه فى النكاح والحاصل ان الولاء والصلاة على الميت وولاية النكاح سواء ص ﴿ أو جره ولاء بولادة أو عتق ﴾ ش نحوه لابن الحاجب فقال فى التوضيح حكى سحنون على هذا الاجماع انه لا ولاء للمرأة الا من باشرت عتقه أو أعتقت من أعتقه أو يكون ولدا لمن أعتقته وان سفل من ولد الذكور خاصة ولم يبين المصنف يعنى ابن الحاجب هنا أنه لا يجر الا أولاد الذكور الا أنه قال وعلى من جره ولاؤها وقد بين أولا ان المرأة انما تجر ولاء أولادها اذا لم يكن لهم نسب من حر انتهى ومثله يقال عليه والتقييد بالذكور وقع فى المدونة لكنه لا كبير فائدة فيه لان من المعلوم انه لا ينجر اليها بالولادة الا ما ينجر للذكر وقد تقدم ان المعتق اذا أعتق أمة فانما يكون له الولاء على أولادها الذكور اذا لم يكن لهم نسب من حر بل التقييد به مشوش لانه يوهم ان أولاد المعتقة لا ولاء عليهم لمعتقها مطلقا سواء كان لهم نسب من حر أم لا وليس كذلك ونص كلامه فى المدونة ولا يرث النساء من الولاء الا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو ولد من أعتقن من ولد الذكور ذكرا كان ولد هذا الذكر أو أنثى انتهى الا أنه قال بعده واذا أعتقت المرأة امرأة فولدت المعتقة من الزنى أو من الزوج ثم نفاه ولاعن فيه كان ميراث هذا الولد للمرأة التى أعتقت أمه انتهى وبهذا فسر الشيخ أبو الحسن المدونة وقال اللخمى ما أعتقت المرأة يجرى مجرى مالو كان المعتق رجلا فكل موضع يكون الولاء فيه للمعتق اذا كان رجلا يكون لها انتهى ص ﴿ وورثه الابن ﴾ ش ولا ترث البنت منه شيأ لان الابن عاصب المعتق من النسب والبنت معتقة المعتق وعاصب المعتق مقدم على معتق المعتق وهذه تسمى فريضة القضاة لغلط أربعمائة قاض فيها بتوريثهم البنت بالولاء ص ﴿ فان مات الابن أولا فللبنت النصف ﴾ ش ان مات الأب ثم مات الابن قبل موت

* ابن شاس وفيه أربعة أبواب الاول فى أركانها وهى الموصى والموصى به والموصى له وما يكون به الوصية الباب الثانى فى أحكام الوصية الباب الثالث فى الرجوع عن الوصية الباب الرابع فى الوصية وأركانها والوصى والموصى فيه والصيغة

﴿ باب ﴾

(صح ايصاء حر) ابن عرفة الوصية فى عرف الفقهاء عقد يوجب حقا فى ثلث عاقده يلزم بموته أو يوجب نيابة عنه بعده * ابن شاس وتصح من كل حر (مميز) من المدونة تجوز وصية ابن عشر سنين وأقل مما يقاربها اذا أصاب وجه الوصية (مالك) ابن شاس تصح من كل حر مميز مالك ولا تصح من العبد ولا من المجنون (وان سفيها) من المدونة تجوز وصية المحجور عليه والسفيه والمصاب حال افاقته لا حال خبله قال مالك ويجوز للسفيه أن يوصى بالعتق ولا يجوز أن يعتق بتلا قال عبد الوهاب والكل عتق (وصغيرا) تقدم نص المدونة عند قوله مميز وقال أصبغ تجوز وصية لصغير اذا عقل الصلاة ولمالك فى العتبية اذا أثغر والصبيان يختلف ادراكهم وتمييزهم فمن علم تمييزه جازت وصيته اذا أوصى بما هو فيه قربة أو صلة رحم وان جعلها لمن يستعين بها فى منهى عنه ردت وصيته

العبد المعتق ثم مات العبد فللبنت النصف لأنه لما فقد المعتق وعصبته من النسب انتقل الولاء لمعتق المعتق ومعتق المعتق البنت والابن الميت فلها النصف والنصف الثانى الذى كان لاخيها لموالى أبيه وموالى أبيه هو واخوته فلها نصف نصفه وهو الربع فيصير لها ثلاثة أرباع المال والربع الباقى يكون لموالى أم الأخ ان كانت أمة معتقة وان كانت حرة فلبيت المال والله أعلم وبهذا توجه المسئلة الاخرى والله أعلم

ص ﴿ باب ﴾

﴿صح ايصاء حر﴾ ش الوصايا جمع وصية ورسمها عند الفقهاء قال فى الشامل والوصية تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع انتهى ونقله فى التوضيح وابن عبد السلام عن بعض الحنفية قال ابن عبد السلام على انه لا يخلو عن مناقشات لا تخفى عليك انتهى وقال فى اللباب الوصايا حقيقتها تصرف المالك فى جزء من حقوقه موقوف على موته على وجه يكون له الرجوع فيه انتهى ثم قال الوصية حقيقتها اسناد النظر فى أمر المحجور أو تنفيذ وصية لثقة مأمون انتهى ورسمها ابن عرفة برسم شمل الايصاء لشخص واسناد الوصية اليه فقال الوصية فى عرف الفقهاء لا الفراض عقد يوجب حقا فى ثلث عاقده يلزمه بموته أو نيابته عنه بعده انتهى ولا يخفى صدق هذا الرسم على التدبير والله أعلم وحكم الوصية قال ابن رشد فى كتاب الوصايا حكمها الندب على الجملة وقال منذر بن سعيد هو فرض وحكمة مشروعيتها تقوية الزاد الى المعاد انتهى وقال فى كتاب الوصايا حكمها الوجوب وحكمة مشروعيتها الرفق بالمحجور وحفظ ماله عليه انتهى وقال فى الشامل هى مستحقة لمن عليه تعلق له بال فتجب انتهى ص ﴿وان سفيها﴾ ش مولى عليه أو غير مولى قال فى التوضيح اذا اذان المولى عليه ثم مات لم يلزمه ذلك الأن يوصى به فيجوز فى ثلثه وقال ابن كنانة ان سمى ذلك يقضى من رأس ماله ولم يجعله فى ثلثه لم يجز على ورثته وان أوصى به على وجه الوصايا فهو مبدأ على وصاياه ولابن القاسم اذا باع المولى فلم يرد بيعه حتى فات انه ينفذ بيعه ابن زرقون فعلى هذا يلزمه الدين بعد موته فتأمله انتهى وعلى الأول اقتصر فى الشامل فقال أو مولى عليه وان فيما اذان بغير اذن وليه انتهى ص ﴿وصغيرا﴾ ش اختلف فى السن الذى تجوز وصية الوصى فيه فقال فى المدونة وتجوز وصية ابن عشر سنين وأقل مما يقاربها وروى ابن وهب ان أبان بن عثمان أجاز وصية جارية بنت ثمان سنين أو تسع انتهى وهذا القول هو الذى صدر به فى التوضيح والشامل وعليه اقتصر صاحب اللباب ونصه وتصح من ابن عشر سنين فما فوقها لانه مميز انتهى (فرع) قال ابن عبد السلام قال أشهب اذا أوصى الصبى بوصية وجعل انفاذها الى غير الوصى فذلك الى وصيه (قلت) هذا مما ينظر فيه فان نظر الوصى ينقضى بموت الصبى ألا ترى ان جرح الصبى ينظر فيه وليه وديته اذا قتل ليس للوصى فيها نظر وانما هو للورثة الا أن يقال ملك الصبى للدية بعد موته متعذر وتنفيذ الوصية بعد موته انما يكون على تقدير ملكه والوصى هو الناظر فى أملاك الصبى وهذا منها انتهى ونقله فى التوضيح فقال قال أشهب ومن أوصى بوصية وجعل انفاذها الى غير الوصى فذلك الى وصيه ثم ذكر كلام ابن عبد السلام المتقدم وانظر قوله من أوصى هل يريد من الصبيان أو من المولى عليهم مطلقا

فتأمله والله أعلم وانظر الرجراجي في المسئلة السادسة من كتاب الوصايا الاول فانه تكلم على حكم ما اذا أوصى المحجور عليه لعارض الطفولية أو لعارض السفه بوصية وجعل تنفيذها لغير وصية وأطال في ذلك وفي البرزلي وسئل ابن أبي زيد عمن أسند وصيته الى رجل وفي الوصية بنات فماتت واحدة بعد دخول بيتها بأشهر وتركت زوجا وعصبة وأوصت بصدقة للفقراء فهل ينفذها الوصي أو الورثة فأجاب ان لم توص بذلك لاحد فذلك لوصي أبيها ان كان مأمونا وان أوصت بذلك لاحد فهو أولى قال البرزلي قلت هذا جار على بقاء النظر بعد موت المحجور عليه على من له عليه ولاية ومن يقول لا نظر له في أولاده يرجع الأمر في ذلك الى من يقدمه القاضي انتهى (فرع) قال في التوضيح قال أشهب من أوصى لبكر بمائة ولا ولي لها فدفع الورثة ذلك اليها بغير اذن الامام فقد برئوا واختار اللخمي ان كان لها وصي أن لا تدفع الا اليه الا أن يعلم ان الميت أراد دفع ذلك اليها لتتسع في مطعم وملبس فيدفع اليها انتهى ونقله ابن عبد السلام وابن عرفة وظاهره ان المولى عليه اذا أوصى له بشيء فدفع الوصي ذلك اليه ولم يدفعه الى وليه فلا ضمان عليه فتأمله والله أعلم ص ﴿ وهل ان لم يتناقض أو أوصى بقربة تأويلان ﴾ ش قال في المدونة وتجوز وصية ابن عشر سنين وأقل مما يقاربها اذا أصاب وجه الوصية وذلك اذا لم يخلط انتهى قال في التوضيح فسر اللخمي عدم الاختلاط بان يوصي بما فيه قربة لله تعالى أو صلة رحم فاما ان جعلها فيما لا يحل من شرب خمرا وغيره فلا تمضي انتهى وعبارة اللخمي في تبصرته والصبيان يختلف تمييزهم وادراكهم فمن علم ان عنده تمييزا جازت وصيته اذا أصاب وجه الوصية فيوصي بما هو قربة لله سبحانه وتعالى أو صلة رحم وأما أن يجعلها لمن يستعين بها فيما لا يحل من شرب خمر اوغيره فلا تمضي انتهى فعلم ان مفهوم قوله قربة أعم من أن تجعل فيما لا يحل أو يوصي بها لمن يستعين بها على مالا يحل والله أعلم وهذا هو التأويل الثاني في كلام المصنف والأول لأبي عمران (تنبيه) قال المشذالي في حاشيته على المدونة في هذا المحل سئل ابن عبد السلام عن صبي زاد على عشر سنين أوصى بثلثه لقوم فبعد وفاته قام عصبته على الموصى لهم وقالوا الصبي لم يعقل القربة ولم يميز بين الحسنات والسيئات فوصيته باطلة وقال الموصى لهم بل يعقل و يميز فعلى من الاثبات فقال يسئل شهود الوثيقة فان قالوا نعم انه مميز أو ثبت ذلك بغيرهم صحت الوصية فان عجز الموصى لهم عن اثبات ذلك لم تنفذ الوصية (قلت) فحاصل الجواب الظريف ان الموصى له مدع لان الاصل عدم التمييز ثم شبهها بنظائر فراجعه والله أعلم ص ﴿ وكافر الا بكخمر لمسلم ﴾ ش يعني ان وصية الحر المميز المالك تصح وان كان كافرا وظاهره أن وصيته جائزة للمسلم بكل شيء يملكه الكافر الا بكخمر أو خنزير ووصيته للكافر تصح مطلقا أي بكل شيء حتى بالخمر والخنزير أما الاول فهو صريح كلامه وكلام ابن الحاجب وأما الثاني فهو مفهوم كلامه وقال في التوضيح انه مفهوم كلام ابن الحاجب وابن شاس ونص ابن الحاجب وتصح من الكافر الا بمثل خمر لمسلم قال في التوضيح وتصح الوصية من الكافر لانه حر مالك مميز الا أن يوصي لمسلم بما لا يصح ملكه من خمر ونحوه ومفهوم قوله لمسلم وهو كلام ابن شاس انه لو أوصى بذلك لكافر لصحت وصيته وهو ظاهر لانه أوصى بها لمن يصح ملكه لها ولم أر في ذلك نصا وقد يؤخذ ذلك مما لابن القاسم في العتبية في نصراني أوصى بجميع ماله للكنيسة ولا وارث له قال يدفع الى أساقفتهم ثلث ماله وثلثاه للمسلمين انتهى ومسئلة العتبية في سماع أبي زيد من كتاب الوصايا وظاهر كلامهم ان وصية الكافر تصح للكافر مطلقا ذميا أو حربيا ولم أر من صرح به وسيأتي ما في وصية المسلم للحربي والله أعلم ص ﴿ كمن سيكون ان استهل ﴾

(وهل ان لم يتناقض أو أوصى بقربة تأويلان) تقدم نص المدونة اذا أصاب وجه الوصية قال أبو عمران يريد اذا لم يخلط في كلامه وتقدم قول اللخمي اذا أوصى بما هو قربة (وكافر الا بكخمر لمسلم) ابن عرفة قول ابن شاس والكافر تنفذ وصيته الا بكخمر أو خنزير لمسلم واضح لانها عطية عن مالك تام ملكه (لمن يصح تملكه كمن سيكون ان استهل) ابن شاس الركن الثاني الموصى له فلو أوصى لحمل امرأة فانفصل حيا صحت الوصية ولو أوصى لحمل سيكون صح قال مالك تجوز الوصية للصديق الملاطف ولا يجوز له الاقرار بالدين قال عبد الوهاب وفي كلا الموضعين فهو اخراج مال عن الورثة اذ بين ما يخرج من الثلث أو من رأس المال فرق (ووزع بعدده) من المدونة من قال ثلث مالي لولد فلان وقد علم أنه لا ولد له جاز وينتظر أيولد له أم لا ويساوى فيه بين الذكر والأنثى

(بلفظ) ابن شاس الركن الرابع ما به تكون الوصية وتكون بالايجاب ولا يتعين له لفظ مخصوص (أو اشارة مفهمة) ابن عرفة الصيغة ما دل على تعيين الوصية فيدخل اللفظ والكتابة والاشارة * ابن الحاجب الصيغة كل لفظ أو اشارة يفهم منها قصد الوصية * ابن عرفة فيخرج الكتب (وقبول المعين شرط بعد الموت) ابن الحاجب قبول المعين شرط بعد الموت لا قبله * ابن شاس وان أوصى للفقراء وان لا يتعين فلا يشترط القبول (فالملك له بعد الموت) ابن شاس اذا مات الموصى كان الموصى له موقوفا فان قبل تبين ان العين الموصى بها دخلت في حكمه بالموت وان ردها تبين انها لم تزل على ملك الموصى ثم ذكر الخلاف و يتخرج على ذلك زكاة الفطر اذا وجبت بعد الموت وقبل القبول واذا أوصى له بزوجة الأمة فأولدها بعد الموت وقبل العلم وكذا ثمر النخل الحادث بين الزمانين اه وانظر ان مات المعين قبل القبول و بعد موت الموصى هي كالشفعة والخيار لورثته الرد والقبول قاله في المدونة قال عياض وهذا بين من مذهبه في الكتاب ان الوصية لا تحتاج الى قبول الموصى له قبل موته ولا علمه لان قبولها حق يورث عنه ثم ذكر قولين آخرين * ابن عرفة وقرر ابن عبد السلام كلام ابن الحاجب بكلام يقتضي عدم اطلاعه ان الاقوال ثلاثة ولا يخفى ان عدم الاطلاع على نقل التنبيهات قصور (وقوم بغلة حصلت قبله) ابن شاس اذا فرعنا على أن الغلات تبع للاصول فاختلف في كيفية التقويم فقيل تقوم الأصول بغير غلات فان خرجت من الثلث ابتعها ولا تقوم الغلات وقيل تقوم الأصول بغلاتها قال التونسي وهذا أشبه في الظاهر وذلك ان نماء العبد لم يختلف فيه لانه انما لم يقوم على هيئته يوم التقويم وكذلك ولد الأمة لم يذكر فيه اختلاف انه

ش قال في الوصايا الاول ومن أوصى لحمل امرأة فاسقطته بعد موت الموصى فلا شئ له الا أن يستهل صارخا انتهى قال في أواخر الوصايا الثاني ثلثى لولد فلان وقد علم انه لا ولد له جاز و ينظر أ يولد له أم لا وسيأتي ما فيه من التفصيل بين الذكر والانثى ان لم يعلم انه لا ولد له فذلك باطل انتهى وقال اللخمي في آخر الوصايا الثاني وان أوصى لولد فلان ولا ولد له وله حمل حملت الوصية على أنها لذلك الحمل فان ولد كانت الوصية له وان أسقطته أو ولدته ميتا سقطت الوصية ولا شئ لمن يولد بعد وان لم يكن حمل والموصى يظن ان له ولدا سقطت الوصية وان كان عالما حملت الوصية على من يولد بعد وان كثروا فان ولد ولد تجر له بذلك المال ثم كذلك كلما ولد له ولد تجر له مع الاول ومن بلغ التجر تجر لنفسه فان خسر فيه أو ضاع له منه شئ في حين تجره للصغير لم يضمن لان الصغير لا تعمر ذمته بذلك وقد رضي الموصى بالوصية له على ما توجبه الاحكام في الضمان وان بلغ وتجر لنفسه ضمن الخسارة والتلف انتهى ونقله أبو الحسن ونقل نحوه عن التونسي ونصه لو قال لولد فلان ولا ولد له يوم أوصى وهو يعلم بذلك ثم ولد له لانبغى أن يحبس ذلك حتى يكبر فينتفع به و يوقف لغيره حتى ينتفعوا به لانه لما لم يكن ولد يوم أوصى فكان الموصى أراد الايصاء الى جملة من يولد لفلان فلا يختص بالانتفاع به بعضهم دون بعض حتى ينقرضوا فيكون لورثتهم كلهم وقد حكى عن بعض الناس أن أول ولد يولد لفلان يأخذ ذلك بتا والاول أبين انتهى من أبي الحسن (تنبيهان * الأول) ظاهر كلامهم ان الموصى به يوقف الى أن يؤيس من وجود الموصى لهم ولم أر الآن من صرح بذلك والله أعلم (الثاني) اذا أوصى لولد فلان ولا ولد له فادعى فلان أن الوصى يعلم ذلك وادعى الورثة ان الموصى يظن ان له ولدا فهل القول قول الوارث أو قول فلان لم أر فيه نصا أيضا والظاهر ان القول قول الورثة فانظر ذلك وانظر أيضا اذا لم يعلم الورثة وفلان أن الموصى كان يعلم ذلك أو لا يعلمه هل يحمل على العلم أو عدمه والله أعلم ص ﴿بلفظ أو اشارة مفهمة﴾ ش قال ابن عرفة الصيغة ما دل على معنى الوصية فيدخل اللفظ والكتب والاشارة وقال مالك عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما حق امرئ مسلم له شئ يوصى فيه يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده رأسه ابن شاس كل لفظ فهم منه قصد الوصية بالوضع أو بالقرينة حصل الاكتفاء به * ابن الحاجب كل لفظ واشارة يفهم منها قصد الوصية (قلت) فيخرج عنها الكتب الشيخ عن أشهب في الموازية لو قرؤها وقالوا انشهد بأنها وصيتك فقال نعم أو قال برأسه نعم ولم يتكلم فذلك جائز قال ابن عبد السلام وتعقب على ابن الحاجب تفسير الصيغة بالاشارة فان الاشارة من الافعال والصيغة من العوارض الأقوال وهو صحيح لو كان المراد بها ما يريده النحويون أما اذا كان مراده بالصيغة ما يدل على مراد الشخص وجعل ذلك حقيقة عرفية في هذا الفن ولا يسمى على رأى المالكية في كثير من أبواب الفقه فلا مشاحة انتهى ص ﴿وقبول المعين شرط بعد الموت فالملك له بالموت﴾ ش هذه نحو عبارة ابن الحاجب قال

في التوضيح في شرحها أي وقبول الموصى له المعين للوصية شرط في وجوبها له لانها أحد أنواع العطايا فاشترط فيها القبول كالهبة وغيرها انتهى وظاهره انه اذا مات الموصى له قبل قبول الوصية لم يكن لورثته قبولها وهو خلاف مذهب المدونة وقال في الجواهر ان مات الموصى له بعد الموصى لا ينتقل حق القبول للوارث قاله الشيخ أبو بكر يعني الابهري وقال القاضي أبو محمد ينتقل انتهى وما قاله هو مذهب المدونة قال في الوصايا الأول واذا مات الموصى له بعد موت الموصى فالوصية لورثة الموصى له علم بها أم لا ولهم أن يقبلوها كشفعة له أو خيار في بيع ورثوه انتهى ونحوه في الوصايا الثاني قال ابن عرفة قال عياض هذا بين لأن مذهبه في الكتاب انها لا تحتاج لقبول الموصى له قبل موته ولا علمه لأن قبولها حق يورث عنه وذكر الابهري انها تحتاج لقبول الموصى له وانما تكون لورثته اذا قبلها ومتى لم يقبل سقط حقهم فيها ورجعت لورثة الموصى وقيل انها حق يثبت للميت يورث عتقه على كل حال وليس لورثته رده ولا يحتاج الى قبول قال ابن عرفة قلت فهي ثلاثة أقوال أنظر بقية كلامه ومناقشة ابن عبد السلام (فرع) ولو تراخى القبول عن الايجاب لم يضر قال في الذخيرة ولا يشترط فيه أي القبول الفور بعده قياسا على الهبة (فرع) قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب واجازة الورثة في الصحة من غير سبب ما نصه قال ابن الحاج أنظر على ما في الموطأ لو أوصى رجل لرجل بمال فلم يقبل ذلك الموصى له في صحة الموصى ورده ثم مات الموصى ورجع الموصى له الى قبول المال فذلك له لانه لم تجب له الوصية الا بعد موت الموصى انتهى (فرع) فان مات الموصى له قبل موت الموصى قال في الوصايا الثاني بطلت الوصية علم الموصى بموته أم لا ثم قال مالك يحاص بها ورثة الموصى أهل الوصايا في ضيق الثلث ثم يرث تلك الحصة وأكثر الرواة انهم يحاصون بها ان لم يعلم بموته ولا يحاصون بها ان علم وقاله مالك أيضا انتهى ص ﴿ولم يحتج رق لاذن في قبول﴾ ش قال ابن الحاجب وللمأذون له أن يتصرف في الوصية والهبة ونحوهما ويقبلهما بغير اذن السيد وكذلك غير المأذون وله نحو ذلك في الوصايا قال في التوضيح قوله ونحوهما كالصدقة وله أن يقبل ذلك بغير اذن السيد وأقيم من المدونة انه ليس للسيد أن يمنعه من قبول الهبة وقوله وكذلك غير المأذون التشبيه راجع الى القبول فقط لان التصرف انما يكون للمأذون الا أن يكون الواهب أو الموصى شرط في هبته أو وصيته أن لا حجر عليه فيها فينبغي أن يمضي ذلك على شرطه كما قاله بعضهم في السفيه والصغير قاله ابن عبد السلام انتهى بالمعنى (تنبيهان * الأول) قال في التوضيح خليل لو قيل للسيد أن يمنعه من قبول الهبة ونحوها كان حسنا للمنة التي تحصل على السيد انتهى وهو ظاهر والله أعلم (الثاني) قال في النوادر قال علي عن مالك في عبد أوصى له بشيء فابى قبوله فلسيده الذي تصدق أن يكرهه على قبوله انتهى وقال في سماع سحنون قال مالك في العبد يتصدق عليه فيأبى أن يقبل ان للسيد أن يأخذ ذلك وأن يأبى الذي تصدق بها اذا قال انما أردت العبد وأما اذا لم يقبل فلا قال ابن رشد هذا كما قال وهو مما لا اختلاف فيه أحفظه لأن العبد لو قبض الصدقة كان لسيده أن ينزعها منه فهو أحق بقبول ما تصدق به عليه وبالله التوفيق انتهى ص ﴿وصحت لعبد وارثه ان اتحد أو بتافه أريد به العبد﴾ ش قال في كتاب الوصايا الاول من المدونة ولا تجوز وصية رجل لعبد وارثه الا بالتافه كالثوب ونحوه مما يريد به ناحية العبد لا نفع سيده كعبد كان قد خدمه ونحوه وان أوصى لعبد ابنه ولا وارث له غيره جاز ولا ينتزع ذلك الابن

يقوم معها كنماء اعطائها فكذلك يجب أن يكون تقويم الغلات مع الرقاب لانهما كالنماء في الموصى به (ولم يحتج رق لاذن في قبول كايصائه بعتقه) ترجم ابن يونس فقال فيمن أوصى بعتق عبده أو جاريته فلم يقبلا قال مالك من أوصى بعتق عبده فلم يقبل فلا قول له ويعتق ان حمله الثلث وانظر قبل هذا عند قوله أنت حر على ان عليك ألفا (وخيرت جارية الوطء) من المدونة ان أوصى ببيع جاريته ممن يعتقها فأبت فان كانت من جوار الوطء فذلك لها والا بيعت ممن يعتقها (ولها الانتقال) اللخمي ان قال خيروها في العتق أو البيع خيرت فان اختارت أحد الأمرين ثم انتقلت الى الآخر فقال ابن القاسم ذلك لها ما لم ينفذ فيها ما اختارت أولا (وصح لعبد وارثه ان اتحد) من المدونة اذا أوصى لعبد ابنه ولا وارث له غيره جاز ولا ينتزع ذلك الابن منه (أو بتافه أريد به العبد) من المدونة لا تجوز وصية رجل لعبد وارثه الا بالتافه كالثوب ونحوه فيما يريد ناحية العبد لا نفع سيده كان خدمه ونحوه (ولمسجد وصرف في مصلحته) ابن الحاجب تصح الوصية للمسجد والقنطرة وشبهها لانه بمعنى الصرف في مصالحهما * ابن رشد الواجب أن يقدم بنيان المسجد ورمه على أجر أئمته

(وخدمته ولميت علم بموته ففي دينه أو وارثه) أشهب من أوصى لرجل قدمات وعلم بموته فذلك لورثته ولدين عليه وأتى اللخمي بهذا غير معزو وعلى انه المذهب (ولذمى) روى ابن وهب من ندر صدقة على كافر لزمه قال ابن رشد لا خلاف ان في الوصية للذمى أجرا على كل حال ومعنى الكراهية في ذلك بالنسبة الى ابثار الذمى على المسلم لا بنفس الوصية للذمى اه قال مالك تجوز وصية المسلم للكافر وقاله ابن القاسم * أصبغ تجوز للذمى ولا تجوز للحربى * عبد الوهاب تجوز الوصية للمشركين ولو كانوا أهل حرب (ولقاتل علم الموصى بالسبب) من المدونة ان أوصى له بعد ضربه وعلم به فان كانت الضربة خطأ جازت الوصية في المال والدية وأما في العمد فتجوز في ماله دون الدية

لان قبول الدية كمال لم يعلم به (والا فتأويلان) اللخمي ان أوصى بعد الجناية عمدا ولم يعلم انه قاتله فقال ابن القاسم لا شئ له وقال محمد هى نافذة له علم أو لم يعلم (وبطلت بردة) بهرام وبطلت بردة الموصى ان مات على ذلك والا فان تاب وكانت مكتوبة صحت من المدونة اذا قتل المرتد على ردته بطلت وصاياه قبل الردة وبعدها (وايصاء بمعصية) ابن عرفة الموصى به كل ما يملكه من حيث الوصية به فتخرج الوصية بالخمر وبالمال فيما لا يحل صرفه فيه وسمع عيسى جواب ابن القاسم من أوصى بمناحة ميت أو لهو عرس لا ينفذ ذلك وان كان مثل الكبر * ابن رشد لان النياحة على الميت محرمة وفي الموازية من أوصى بمال لمن يصوم عنه لم يجز ذلك * ابن عتاب وكذلك لمن يصلى عنه بخلاف من عهدت بعهد لمن يقرأ على قبرها فهو نافذ كالاستئجار للحج وهو رأى شيوخنا قال وكذلك رأى انفاذ الوصية بضرب قبة على قبرها (ولوارث) الموطأ السنة الثابتة عندنا التى لا خلاف فيها انها لا تجوز الوصية لوارث الا أن يجيزها ورثته وان أجاز بعضهم جاز له حق من أجاز انتهى كان سيدى ابن سراج رحمه الله يعترض على الموثقين منعهم من يريد الوصية لوارث اذ لعله أن يجيزها الورثة أو قد يصير غير وارث (كغيره بزائد الثلث) ابن الحاجب تصح للوارث وتقف على اجازة الورثة وقد يصير غير وارث كزائد الثلث لغيره وفي كونها بالاجازة تنفيذا أو ابتداء عطية منهم قولان (يوم التنفيذ) ابن عرفة نصوص المدونة وغيرها واضحة بان المعتبر في ثلث الميت ثلث ماله يوم تنفيذ الوصية لا يوم موته فقول ابن الحاجب المعتبر ثلث المال الموجود يوم الموت المنصوص خلافه

منه وان أوصى لعبد نفسه بمال كان للعبد ان حمله الثلث وليس لوارثه انتزاعه منه ويباع بماله ولمن اشتراه انتزاعه وان أوصى لعبد أجنبي بمال فلسيده انتزاعه انتهى ص ﴿ ولميت علم بموته الى آخره ﴾ ش نحوه في النوادر قال وهذا اذا جهل أمر الوصى فأما ان علم أمرها الا أنها زكاة فرط فيها فلا شئ لورثة الميت فيها ولا لدين عليه وليتصدق بها في وجه الزكاة كمن أوصى بزكاته لمن ظنهم فقراء وهم أغنياء انتهى وقال في باب قبله فان كان ورثة الموصى له فقراء فهم أحق بها انتهى ص ﴿ وبطلت بردة ﴾ ش قال في المسائل الملقوطة وبطلت الوصية بموت الموصى له قبل موت الموصى وبالرجوع فيها بالقول والفعل وبالردة من أحدهما أو بقتل الموصى له الموصى انتهى وانظر الشيخ أبا الحسن الصغير ص ﴿ ولوارث ﴾ ش يعنى ان الوصية تبطل اذا كانت للوارث يريد الا ان يجيز ذلك الوارث وانما خالف قول ابن الحاجب وتجوز للوارث وتوقف على اجازة الورثة لانه مشى على أن اجازة الوارث عطية وقد قال في توضيحه انه لا يحسن على هذا القول ان يقال الوصية تصح للوارث (تنبيه) اذا قال الموصى اعطوا لفلان من الورثة سهمه كاملا وثلث ما عدا ذلك لفلان فهذا من الوصية للوارث قاله في البيان في رسم الصلاة من سماع يحيى من كتاب الوصايا وفرضها فيمن قال اعطوا الأمى سهمها في كتاب الله وثلث ما عدا ذلك ما ينتقص الثلث بتوفر سهم أمى صدقة على فلان يريد ان يخرج الثلث من جميع ماله ما عدا ما للأمه قال يخرج الثلث للموصى له على حال ما أوصى ثم تزاد الأم سهمها يضاف الى بقية المال ويقسم على الورثة على كتاب الله تعالى وذلك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا وصية لوارث ص ﴿ كغيره بزائد الثلث ﴾ ش تصوره ظاهر (مسئلة) قال في معين الحكام في كتاب الوصايا واذا قال الموصى يخرج ثلث ما خلفه فيفعل به كذا وكذا الأشياء عدها فاذا أخرج منه ما ذكر وفضلت من الثلث فضلة فقيل ينفذ ذلك في الفقراء والمساكين لقوله يخرج جميع ثلثى وقيل ان البقية ترجع ميراثا قال بعض الموثقين وبالاول جرى العمل انتهى وقال بعده بنحو الورقة مسئلة فان أغفل الموثق ان يقول في الوصية وما فضل عن الثلث جعله الناظر حيث يراه اذا ذكر أولا انه أوصى بجميع ثلثه ففي ذلك قولان أحدهما انه ينفق في الفقراء والمساكين قال بعض الموثقين وبه جرى العمل

والقول الثانى ان البقية ترجع ميراثا ص ﴿ وان أجيز فعطية ﴾ ش أى فان كان الوارث المجيز عليه دين محيط فلغرمائه رد ذلك وان قلنا ان فعله ينفذ فليس لغرمائه الرد واختلف اذا أجاز الوارث ولا دين عليه فلم يقبض ذلك الموصى له حتى استدان الوارث أو مات فقال فى كتاب محمد غرماء الوارث و رثته أحق بها لأنها هبة لم تحز وقال أشهب يبدأ بوصية الاب قبل دين الابن قال ابن عرفة والاول أحسن وأظنه أنه ناقل له عن ابن القصار ص ﴿ و برجوعه فيها وان بمرض ﴾ ش قال فى التوضيح قال فى الوثائق المجموعة اذا قال اشهدوا انى قد أبطلت كل وصية تقدمت فانها تبطل الا وصية قال لا رجوع لى فيها فانها لا تبطل حتى ينص عليها انتهى ونقله فى الشامل وذكر المشذالى فى حاشيته على المدونة فى كتاب الوصايا الاول خلافا عن الشيوخ فيما اذا التزم عدم الرجوع عن الوصية ونقل عن ابن عرفة أنه قال فى مختصر الحوفية فلو التزم عدم الرجوع لزمه على الاصح و فى بعض النسخ على المشهور و فى مختصره الفقهى فلو التزم عدم الرجوع ففى لزومه خلاف بين متأخرى فقهاء تونس ابن علوان ثالثها ان كانت بعتق ص ﴿ بقول ﴾ ش يعنى ان الدال على الرجوع اما قول أو فعل والفعل يكون بأحد وجهين أحدهما ما ينقل الملك و يمنع من نقله كالبيع والعتق والاستيلاد والثانى ان يفعل فعلا يبطل رسم الموصى به انتهى ص ﴿ أو بيع ﴾ ش قال فى الشامل الا ان يشتريه ثانيا على المعروف بخلاف مثله وهو معنى قول المصنف بعد هذا أو بثوب فباعه أو اشتراه بخلاف مثله ص ﴿ وكتابة ﴾ ش قال فى الشامل ولا تعود لعجز على المنصوص وقال فى التوضيح ينبغى اذا عجز المكاتب فى حياة السيد ان تعود الوصية فيه كما يعود فى البيع الموصى به على أحد القولين وههنا أولى لأن الكتابة لا تنقل الملك انتهى وقال ابن عرفة قال ابن شاس الكتابة رجوع ولم أجدها لغير الغزالى وأصول المذهب توافقه لأن الكتابة اما بيع أو عتق وكلاهما رجوع وهى فى البيع الفاسد فوت هذا ان لم يعجز وان عجز فليس بفوت انتهى من ابن غازى فجزم ابن عرفة بانها ليست بفوت مع العجز كما بحثه الشيخ خليل فتأمله والله أعلم ص ﴿ وحصد زرع ﴾ ش ظاهره ان الحصد وحده كاف فى الرجوع وقال ابن الحاجب وان درس الحب وكاله وأدخله بيته فرجوع بخلاف الحصاد وجز الصوف وجداد الثمرة قال فى التوضيح يعنى أن من أوصى بزرع فحصده وزرعه وكاله وأدخله بيته فذلك رجوع لأنه أبطل اسم الزرع ونقله الى اسم القمح بخلاف جز الصوف وجداد الثمرة فانه لم ينقل الملك ولا أبطل اسمه فلا يعد رجوعا ولو أدخلها بيته ومسئلة درس القمح هو نص قول ابن القاسم فى المجموعة وقال الباجى ينقل بالحصاد والدراس قال وقوله أدخله بيته تأكيدا لقصده وكذلك قوله اكتاله انما يريد بلغ حد الاكتيال انتهى وقال فى الشامل وحصد زرع مع درسه انتهى وقال ابن عرفة الشيخ لابن القاسم فى المجموعة ان أوصى بزرع فحصده أو بصوف فجزه فليس برجوع الا ان

(وان أجيز فعطية) ابن القصار ان أجاز الوارث ما وصى به الميت من الزيادة على الثلث أو الوصية للوارث كان ذلك تنفيذا لفعل الميت لا ابتداء عطية من الوارث (ولو قال ان لم يجيز واله فللمساكين) من المدونة ان أوصى بثلثه لوارث وقال ان لم يجزه باقى الورثة فهو فى السبيل لم يجز ذلك وهو من الغرر (بخلاف العكس) من المدونة لو قال دارى فى السبيل الا أن ينفذها الورثة لابنى ذلك نافذ على ما أوصى به (و برجوع فيها وان بمرض بقول) ابن عرفة يجوز رجوع الموصى عن وصيته اجماعا فى صحة أو مرض فلو التزم فيها عدم الرجوع ففى لزومها اختلاف بين متأخرى فقهاء تونس انتهى ولم ينقل ابن الحاج وابن سلمون الا قول أبى اسحق التونسى لو قال فى الوصية لا رجوع لى فيها أو فهم عنه ايجاب ذلك على نفسه لكانت كالتدبير ولم يكن له رجوع عن ذلك الباجى لا خلاف فى الرجوع عن الوصية بالقول والفعل (أو بيع أو عتق أو كتابة) ابن حارث اتفقوا فيمن أوصى لرجل بعبد ثم باعه أو وهبه أو أعتقه ان ذلك رجوع (وكتابة) ابن شاس والكتابة رجوع ابن عرفة لم أجده فى المذهب والأصول توافقه (أو ايلاد) ابن كنانة من أوصى لرجل بجارية فله وطؤها ولا تنتقض وصيته الا أن تحمل من سيدها (وحصد زرع) لو قال ودرس زرع لتنزل على ما يتقرر قال ابن القاسم ان اوصى بزرع فحصده أو بثمر فجذه أو بصوف فجزه فليس برجوع الا أن يدرس القمح و يكتاله و يدخله بيته فهذا رجوع الباجى بالدرس والتصفية انتقل اسمه عن الزرع الى اسم القمح والشعير فكان رجوعا (ونسج غزل) الشيخ عن ابن القاسم لو أوصى بغزل فحاكه ثوبا أو برداء فقطعه قميصا فهو رجوع وقاله أشهب وزاد أو بفضة فصاغها خاتما أو بشاة ثم

ذبحها فهو كله رجوع لانه لا يقع عليه الاسم الذى أوصى به قال وكذا قطن ثم حشى به أو غزله (وصوغ فضة) تقدم قول أشهب وبفضة فصاغها (وحشو قطن) تقدم قول أشهب وكذا بقطن ثم حشى به (وذبح شاة) تقدم قول أشهب أو بشاة ثم ذبحها (وتفصيل شقة) تقدم قول ابن القاسم أو بردا فقطعه قميصا (أو ايصاء بمرض أو سفر انتفيا قال ان مت فيهما وان بكتاب ولم يخرجه أو أخرجه ورده بعدهما) من ابن يونس قال ابن القاسم من قال لعبده لفظا بغير كتاب أو بكتاب أقره عنده ان مت من مرضى هذا أو فى سفرى هذا فانت حر أو قال لفلان كذا فهذه وصية عند مالك (٣٧٠) ان مات قبل أن يغيرها جازت من ثلثه ان مات من مرضه ذلك أو فى سفره فان قدم أو برىء ولم يغير ما قال حتى مات فذلك باطل الا أن يكون كتب بذلك كتابا ووضعه على يدى غيره وأقره على حاله ولم يقبضه حتى مات سحنون وان أخره سنة بعد البرء أو القدوم فاقره فى يده حتى مات فهو باطل وان أشهد عليه ومن كتب وصية فى مرض أو صحة وأشهد عليها وأقرها عنده حتى مات فهى جائزة قال ابن القاسم وهذا اذا كانت الوصية مبهمة لم يذكر فيها موته من مرضه ولا فى سفره انتهى وانظر اذا كانت الوصية مقيدة بمرض بعينه أو بملك بعينه أو وقت بعينه وما أشبه ذلك ولم يكتب بها كتابا وانما أشهد بها خاصة ثم مات بعد ذلك الوقت نزل مثل هذه النازلة ورجعت عن فتواى فيها للاطلاع عن قول أصبغ فى نوادر ابن أبى زيد وعلى ما فى البيان قال ابن رشد لم يختلف قول مالك ان هذه الوصية لا تنفذ قال وكذا ان أوصى فى مرض أو سفر وقال ان مت ولم يزد أو قال من مرضى هذا أو سفرى هذا أو أوصى ولم يذكر الموت بحال فان أشهد بذلك فى غير كتاب لم تنفذ الوصية الا أن يموت من ذلك المرض أو فى ذلك السفر قال الباجى ووجه بطلان الوصية اذا لم يقيدها فى كتاب ثم مات بعد أن قدم من سفره أو برىء من مرضه انه لم يبق لوصيته أثر يكون فى استدامتها استدامة لها والاشهاد انما اختص بوقت معين فلم يتعد الى غيره ومن جملة ما رشحت به ما رجعت اليه قول ابن رشد لا تكون الوصايا بشك كما لا يكون الميراث به وكما قالوا فى الشهادة بعد الموت بالطلاق انها ترثه بفوت الاعذار اليه قال مالك وما أدرى ما الذى كان يدرأ به عن نفسه فاوجب لها الميراث

يدرس القمح ويكتاله ويدخله بيته ثم ذكر بقية كلام الباجى ص ﴿وحشو قطن﴾ ش قال فى التوضيح وينبغى ان يقيد حشو القطن بما اذا حشى فى الثياب وأما اذا حشى فى المخدة ونحوها فلا انتهى قال فى الشامل وحشو قطن فى ثوب ونحوه انتهى ص ﴿وتفصيل شقة﴾ ش احترز بقوله شقة مما اذا أوصى له بثوب ثم قطعه قميصا اذ القميص يسمى ثوبا قال فى الشامل وتفصيل شقة لا ان قال ثوبى هذا ثم قطعه قميصا أو لبسه فى مرضه اذ القميص يسمى ثوبا انتهى ص ﴿وايصاء بمرض أو سفر انتفيا ان قال ان مت فيهما وان بكتاب ولم يخرجه أو أخرجه ثم استرده بعدهما﴾ ش أى وكذلك تبطل الوصية اذا كانت فى المرض أو عند سفر أراده ثم زال المرض والسفر وهذا معنى قوله انتفيا والحال انه قال فى وصيته ان مت من مرضى أو فى سفرى وسواء أشهد على ذلك ولم يكتب فى كتاب أو كتبه فى كتاب ولم يخرجه من يده أو أخرجه ثم استرده أما اذا أشهد على ذلك ولم يكتبه فى كتاب فلا خلاف ان الوصية تبطل اذا زال المرض أو السفر ولا خلاف أنها تصح اذا حصل الموت فيهما وأما اذا كتبها فى كتاب ولم يخرجه من يده فقال المصنف انها تبطل بزوال المرض والسفر وظاهره سواء كان أشهد فى الكتاب أو لم يشهد أما اذا أشهد عليها فحكى فى التوضيح عن الباجى فى ذلك روايتين وكذلك ذكر ابن رشد فى البيان لكن قال فى التوضيح عن الباجى وان القول بعدم انفاذها هو مشهور قول مالك من رواية ابن القاسم وغيره وهو خلاف ظاهر كلام المصنف وابن الحاجب فانهما حكما اذا لم يخرج الكتاب بالبطلان وظاهر كلامهما ولو كان أشهد عليها وأما اذا لم يشهد فقال فى التوضيح عن العتبية والمجموعة انه لا يجوز ذلك ولو شهد عدلان أن ذلك خطه حتى يشهدهما عليه قال وقد يكتب ولا يعزم وتأولها عياض وقال معناه اذا كتبها ليشهد فيها وأما اذا كتبها بخطه وقال اذا مت فلينفذ ما كتبته بخطى فلينفذ ذلك اذا عرف انه خطه كما لو أشهد انتهى كلام العتبية الذى ذكره فى رسم مرض من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا ويريد ان تلك الوصية لا تجوز ولو مات فى مرضه ذلك أو سفره اذا لم يخرجها ولم يشهد الا ان يكتبها ويقول اذا مت فلينفذ ما كتبته بخطى فلينفذ على ما تأول عليه القاضى عياض مسئلة العتبية لكنها اذا قيدها بمرضه أو سفره فانما تنفذ اذا مات فيهما وأما اذا لم يمت فيهما فيأتى فيها الخلاف لأنه جعلها بمنزلة ما لو أشهد فيها وتقدم الخلاف فى ذلك فتأمله وأما اذا كتب وصيته فى كتاب وأخرج الكتاب من يده ثم استرده بعد زوال المرض والسفر فلا خلاف فى بطلان الوصية ص

﴿ولو أطلقها الان لم يسترده﴾ ش لما ذكر انه اذا كانت الوصية مقيدة بمرض أوسفر وكتبها فى كتاب وأخرجه من يده ثم استرده أنها تبطل ذكر هنا انها تبطل أيضا اذا كانت مطلقة أى غير مقيدة بمرض أوسفر وكتبها فى كتاب وأخرجها ثم استرده من يد من جعلها عنده وقال فى التوضيح وحكى صاحب المقدمات الاتفاق على بطلانها وذكر عياض ان ابن شبلون وغيره تأولوا الكتاب على ذلك وان ظاهر تأويل أبى محمد انما يضر استرجاع المقيدة لا المبهمة وان أبا عمران تردد فى ذلك انتهى واقتصر فى البيان على حكاية البطلان ولم يصرح بنفى الخلاف وظاهر كلام المصنف انه مشى على ذلك ولكن فى قول المصنف ولو أطلقها بعض قلق لأنه فرض أولا فى المقيدة ثم بالغ فى الاطلاق ولو شبه المطلقة بالمقيدة فقال كان أطلقها لكان أبين وأحسن انتهى وقوله لا ان لم يسترده أى لا ان لم يسترد الكتاب بعد أن أخرجه فلا تبطل الوصية وسواء كانت مطلقة أو مقيدة ونقله فى التوضيح وقاله فى البيان ص ﴿أو قال متى حدث الموت﴾ ش يعنى أن الوصية تمضى ولا تبطل اذا قال متى حدث الموت وسواء قال ذلك فى مرض أوسفر أو فى صحة وسواء مات فى ذلك المرض أو السفر أو بعدهما وسواء أشهد على ذلك بغير كتاب أو بكتاب أقره عند نفسه أو وضعه عند غيره فانها تنفذ على كل حال متى مات الا أن يكون كتبها فى كتاب وأخرجه من يده ثم استرده فانها تبطل كما تقدم (تنبيه) قال الشارح ومثل قوله متى حدث الموت قوله ان مت أو اذا مت ونحوه فى التوضيح قال وسواء قالها فى الصحة أو فى المرض ونصه وان أطلق الوصية فقال متى حدث الموت أو ان مت أو اذا مت فانها ماضية وظاهره يعنى كلام ابن الحاجب سواء كتبها فى كتاب أم لا استرجعها أم لا أما ان لم يكتبها فقال غير واحد انها نافذة أبدا لا ينقضها الا تغيرها قالها فى صحته أو فى مرضه وان كانت بكتاب وأشهد فيه فهى ماضية بالاتفاق سواء أقرها عنده الى الموت أو جعلها على يد غيره حتى مات وأما ان قبضها من يد من جعلها على يديه سواء قبضها فى الصحة أو فى المرض فحكى صاحب المقدمات الاتفاق على بطلانها انتهى ثم ذكر كلام عياض المتقدم عن ابن شبلون وتأويل أبى محمد فظاهره انه اذا قال ان مت أو اذا مت وكان مريضا انها تنفذ ولو صح من ذلك المرض وهكذا قال فى التنبيهات ونصه اذا كان اشهاده فى غير كتاب فى المبهمة فهى ماضية أبدا لا ينقضها الا تغيرها ونسخها أشهد فى مرضه أو صحته انتهى وهو خلاف ما قاله ابن رشد فى أول رسم من سماع ابن القاسم ونصه ان أوصى فى صحته دون سفر ولا مرض فسواء قال فيها متى مت أو اذا مت وسواء أشهد على ذلك بغير كتاب أو بكتاب أقره عند نفسه أو وضعه عند غيره تنفذ على كل حال متى مات الا أن يسترجع الكتاب بعد ان وضعه عند غيره فتبطل بذلك وصيته وكذلك ان أوصى فى مرض أصابه وعند سفر أراده فقال فى وصيته متى مات وأما ان أوصى فى مرض أصابه أو عند سفر أراده لغزو فقال ان مت ولم يزد أو قال من مرضى هذا وكذلك ان أوصى فى مريض أصابه أو عند سفر أراده لغز وفقال فى وصيته ان مت فى سفرى هذا ولم يزد أو قال من مرضى هذا أو قال بمخرجى عنى كذا وكذا ولم يذكر الموت بحال فان كان أشهد بذلك بغير كتاب لم تنفذ الوصية الا أن يموت من ذلك المرض أو فى ذلك السفر واختلف قول مالك ان أقر الكتاب وان كتب بذلك كتابا وضعه عند غيره بكل حال نفذت وان مات من غير ذلك المرض وفى غير ذلك السفر واختلف قول مالك ان أقر الكتابة عنده فمرة قال تنفذ على كل حال متى مات ومرة قال لا تنفذ الا ان يموت من ذلك المرض أو فى ذلك السفر وجه الاول ان ابقاءه الكتاب بعد برئه وقدومه دليل على الغائه والتنفيذ لها ووجه الثانى

(ولو أطلقها) قد تقدم قول مالك من كتب وصيته وأشهد عليها وأقرها عنده انها جائزة اذا كانت مبهمة لم يذكر فيها موته من مرضه ولا فى سفره (لا ان لم يسترده أو قال متى حدث الموت) تقدم قول مالك انما تنفذ وصية المسافر والمريض اذا جعلها بيد رجل ولم يقبضها منه حتى مات قال سحنون وان أخذه منه بعد البرء أو القدوم فاقره فى يده حتى مات فهى باطل (أو بنى العرصة واشتركا) وسمع أصبغ من أوصى بمزود حريرة ثم لتها بسمن أو عسل فليس برجوع ويكون شريكا فيها بقدرها من قدر لتاتها كالثوب يصبغه والبقعة يبنيها وقال أشهب ذلك رجوع انتهى أنظر لم يراع قول أشهب هنا وراعاه عند قوله وفى نقض العرصة قولان

(كايصائه بشئ لزمه ثم به لعمرو) من المدونة من أوصى بشئ معين لرجل من دار أو ثوب أو عبد ثم أوصى بذلك لرجل آخر فهو بينهما (ولا برهن) ابن عبدوس عن ابن القاسم من أوصى بعبد ثم رهنه أو آجره فليس برجوع وقاله مالك (وتزويج رقيق وتعليمه ووطء) ابن شاس تزويج العبد والوطء مع العزل ليس برجوع ابن عرفة لم أجد مسئلة تزويج الأمة فى المذهب وأصوله تقتضيه وشرطه فى الوطء العزل خلاف النص أنظر قبل هذا عند قوله وايلاد (ولاان أوصى بثلث ماله فباعه) لماذكر ابن الحاجب ما يبطل الوصية قال بخلاف مالو أوصى بثلث ماله ثم باع جميعه بهرام اذ لا يختص ثلث المال بما عنده حال الوصية بل المعتبر ما يملكه حال الموت وسواء زاد أو نقص قاله فى النوادر (كثيابه واستخلف غيرها) ابن رشد من عم فى وصيته فقال ثيابى أو رقيقى أو غنمى لفلان أو للمساكين فاستبدل بهم وأفاد غيرهم فوصيته تنفذ فيما ملك يوم موته ولو كانوا غير الذى فى ملكه يوم أوصى انتهى وانظر اذا أوصى بدنانير فتغيرت السكه ولم يدع وصيته المنصوص ان للموصى له سكة الناس يوم يموت الموصى أنظر قد لا تتنوع السكة ويتنوع المعيار أو الجنس هل يقال انما هو تنوع سكة كنت أفتيت بهذا ورجعت عن فتواى (أو بثوب فباعه واشتراه) ابن الحاجب لو باع العبد الموصى به ثم اشتراه ففى رجوع لوصية قولان عن ابن عرفة لا أعرف من نقل القول الثانى وانما نقل الباجى والصقلى القول الاول فقط (بخلاف مثله) قال مالك من أوصى لرجل بسلاحه فيذهب سيفه ودرعه ثم يشترى سيفا آخر ودرعا آخر فهو للموصى له وأما لو أوصى له بعبد بعينه فمات فاخلف غيره فبخلاف ذلك ابن يونس لانه عينه واذا لم يعين واجمل فاوقع عليه ذلك الاسم من تركه فهو للموصى له (ولاان جصص الدار وصبغ الثياب ولت السويق فللموصى له بزيادته) ابن الحاجب لو جصص الدار ولت السويق فللموصى له بزيادته وعزا ابن يونس هذا لابن القاسم وأشهب قال لانه لم يغير الاسم عن حاله انتهى أنظر هذا مع ما تقدم عند قوله بنى العرصة (وفى نقض العرصة قولان) ابن القاسم اذا أوصى له بدار فهدمها فالعرصة والنقض للموصى له الباجى وجهه ان الهدم ليس فيه أكثر من تفريق الاجزاء ذلك لا يمنع نفوذ الوصية كقطع الثوب قميصا انتهى أنظر هذا مع ما تقدم انه اذا أوصى له برداء فقطعه قميصا انه رجوع أنظره قبل هذا عند قوله ونسج غزل وقال أشهب اذا أوصى له بدار فهدمها وصيرها عرصة فالعرصة للموصى له ولا وصية فى النقض الباجى لان اسم البناء لا يتناوله ولا اسم الدار بعد النقض فبطلت فيه الوصية لعدم الاسم الذى علق عليه الوصية (وان أوصى بوصية بعد أخرى فالوصيتان كنوعين دراهم وسبائك وذهب وفضة والا فأكثرهما وان تقدم) روى ابن القاسم وغيره عن مالك فيمن أوصى لرجل بدنانير ثم أوصى له بدنانير أقل عددا أو أكثر فان له أكثر الوصيتين الباجى ووجه هذا ان هاتين وصيتان من جنس واحد فكان له أكثرهما كما لو كانت الأولى أقل عددا وعلى حسب هذا تجرى الوصيتان فى الذهب والفضة والعروض التى تكال أو توزن أو لا الحيوان والدور والثياب وغير ذلك مالم

اعتبار زائد ظاهر لفظه والاول أظهر من جهة المعنى والثانى من جهة اللفظ وكذا اذا قال وهو صحيح دون مرض أصابه ولا سفر أراده ان مت فى هذا العام فيخرج عنى كذا وكذا وهو بمنزلة ما اذا قال ان مت فى مرضى هذا أو سفرى هذا انتهى والله أعلم ص ﴿ كايصائه بشئ لزيد ثم به لعمرو ﴾ ش يعنى أن من أوصى بشئ لانسان ثم أوصى به لآخر فانهما يشتركان فيه وكذلك لو أوصى لواحد بثلثه ثم أوصى لآخر اشتركا فيه وكذلك لو أوصى لواحد بالثلث ثم لآخر بالنصف أو بالجميع لاشتركا فى الثلث على نسبة الاجزاء والله أعلم ص ﴿ وان أوصى بوصية بعد أخرى فالوصيتان ﴾ ش يعنى ان من أوصى لشخص بوصية ثم أوصى له بوصية أخرى فالوصيتان له يعنى والوصيتان من نوع واحد وهما متساويان يدل على ذلك قوله والا فأكثرهما وقوله كنوعين فعلم أن فرض المسئلة أولا فى كلامه فيما اذا كانتا من نوع واحد وهما متساويتان لان تشبيهه بالنوعين دل على أن الكلام الاول فيما كان من نوع واحد وقوله فأكثرهما دل على ان الكلام الاول فيما كان من نوع واحد مع التساوى وقد قال فى التوضيح فى شرح قول ابن الحاجب ولو أوصى لواحد بوصية بعد أخرى من صنف واحد واحداهما أكثر فأكثر الوصيتين وقول المصنف واحداهما أكثر يخرج ما اذا كانتا متساويتين وذكر الباجى فى المتساويتين قولين مثل ان يوصى له بعشرة ثم بعشرة الاول لمالك وأصحابه له العددان جميعا وحكى فى المعونة ان له أحدهما لجواز التأكيد ابن زرقون وانظر قوله هذا مع قول مالك وأصحابه وفى الموازية عن مالك من رواية ابن القاسم ان له أحدهما مثل قول عبد الوهاب انتهى ص ﴿ والا فأكثرهما ان تقدم ﴾ ش تصوره ظاهر

يكن فى شئ معين وروى عن ابن حبيب أن له فى العروض الوصيتين لان التماثل فيهما معدوم ووجه القول الاول انهما وصيتان متماثلتان كالمكيل والموزون واذا ثبت هذا فلا خلاف ان الدراهم من سكة واحدة متماثلة وكذلك الافراس والابل والعبيد وأما الدنانير والدراهم فقال مالك انهما متماثلان لانهما صنف واحد فى الزكاة وقال ابن القاسم هما غير متماثلين لان التفاضل بينهما جائز فاذا قلنا بقول مالك وأوصى له بدنانير ثم أوصى له بدراهم فانه يعتبر الاقل والأكثر بالصرف انتهى من المنتقى يبقى النظر اذا أوصى له بدراهم ثم بسبائك أو بقمح ثم بشعير نقل فى المنتقى عن محمد ان ذلك مثل ما اذا أوصى له بدراهم ثم بدنانير فله الوصيتان على قول ابن القاسم ويبقى النظر اذا أوصى له بعددين متساويين فى العدد والجنس مثل أن يوصى له بعشرة دنانير ثم يوصى له بعشرة دنانير فقال مالك وابن القاسم له العددان جميعا * الباجى وان كان ما أوصى به معينا كعبد بعينه ثم أوصى له بعبد آخر بعينه فله الوصيتان (ومن أوصى لعبد بثلثه عتق ان حمله الثلث وأخذ باقيه والاقوم من ماله) من المدونة من أوصى لعبده بثلث ماله وقيمته الثلث عتق جميعه وما فضل عن الثلث كان للعبد وان لم يحمله الثلث عتق محمله قال ابن القاسم ان لم يحمله الثلث وللعبد مال استتم منه عتق نفسه (ودخل الفقير فى المساكين كعكسه) ابن شاس يدخل الفقير (٣٧٣) فى لفظ المساكين والعكس * ابن عرفة فى هذا نظر ان لم يكن الموصى

(مسئلة) اذا قال اعطوا فلانا مائة ولم يقل مائة دينار ولا درهم فان دل سياق كلامه على الدنانير أو الدراهم حمل عليه كان يقول اعطوا فلانا مائة دينار ذهبا وفلانا مائة فتحمل على الذهب واعطوا فلانا مائة درهم وفلانا عشرة فتحمل على الدراهم وان لم يدل سياق كلامه على شئ فانه يحمل على الغالب فى البلد من الدنانير أو الدراهم فان لم يغلب أحدهما حمل على الأقل وهو الدراهم قاله فى رسم الصلاة من سماع يحيى وفى أول رسم من سماع أصبغ من كتاب الوصايا قال وفى معين الحكام وان أوصى له بعين ولم يبين سكتها دفع له الاكثر جريانا فان استوى جريهما دفع له الاقل الا أن يتبين أنه أراد الاكثر وكذلك لو أوصى له بعدد أمداد من الطعام ولم يبين قمحا ولا شعيرا أجرى الامر على ما ذكر وقال قبله بنحو الورقة مسئلة اذا ذكر الموصى فى وصيته ان تنفذ وصيته من سكة كانت تجرى من تاريخ الوصية ثم توفى الموصى وقد انقطعت تلك السكة فانها تنفذ وصيته من تلك السكة التى كانت تجرى يوم الوصية الا ان يقول فى وصيته انها تكون من النقد الجارى يوم تنفيذ الوصية فيكون كما عهد فان وقعت الوصية مسجلة يعنى مطلقة ولم يشترط صفة فانها تكون مما يجرى يوم التنفيذ وذلك بخلاف الكوالئ والديون انتهى (مسئلة) قال فى باب الوصايا من معين الحكام اذا أوصى ان يعطى اناء فالنى مملوء دنانير أو دراهم فان علم الناس انه مما يدفع فيه ذلك أعطى بما فيه والا أعطى الاناء وحده وكذلك لو أوصى بزق فالنى مملوء عسلا أو سمنا دفع له بما فيه انتهى ص *(ودخل الفقير فى المسكين كعكسه)* ش تصوره واضح (مسئلة) قال القرطبى فى تفسيرا نما

عاصيا (وفى الأقارب والأرحام والأهل أقاربه لامه وان لم يكن له أقارب لاب والوارث كغيره بخلاف أقاربه هو وأوثر المحتاج الابعد الا لبيان فيقدم الاخ وابنه على الجد ولا يخص) انظر هل نقص هنا شئ وعبارة ابن الحاجب اذا أوصى لأقارب فلان دخل الوارث وغيره من الجهتين بخلاف أقاربه هو للقرينة الشرعية ويؤثر فى الجميع ذو الحاجة وان كان أبعد ولى أوصى للأقرب فالأقرب فضل الأقرب وان كان أكثر يسارا فضل الاخ على الجد والاخ للأب على الاخ للام ولا يعطى الاقرب الجميع بخلاف الوقف اه قال ابن حبيب قوله لقرابتى أو لرحمى أو لذى رحمى أو لاهلى أو لاهل بيتى الحكم فى ذلك كله واحد قال ابن شاس اذا أوصى لأقارب زيد دخل فيه الوارث والمحرم وغير المحرم ويدخل فيه كل قريب من جهة الاب والام ولو أوصى لاقارب نفسه خرج ورثته بقرينة الشرع ولو أوصى للأقرب فالاقرب فضل الاقرب اه فهذه ثلاثة مسائل أما المسئلة الاولى اذا أوصى لاقارب زيد فلا فرق بينهما و بين المسئلة الثانية وهى وصية لاقارب نفسه الا فى خروج الوارث نقل الباجى عن مالك فيمن أوصى لاقاربه أن ذلك لجميع قرابته من قبل أبيه وأمه قال أشهب يدخل فيه كل رحم منه من قبل الرجال والنساء محرم أو غير محرم * ابن حبيب و يدخل فى ذلك الاعمام والعمات والاخوال والخالات وقال ابن القاسم لا يدخل فيه الخال والخالة ولا قرابته من الام ولو كان بعض أقاربه مسلمين وبعضهم نصارى فقال أشهب يسوى بينهم فى ذلك وأما المسئلة الثالثة وهى اذا أوصى للاقرب فالاقرب فقال ابن القاسم من أوصى بثلثه للأقرب فالاقرب فليفضل الاقرب فالاقرب مالم يكونوا ورثته فانه لم يرد بوصيته ورثته والأخ أقرب من الجد ثم الجد ثم العم فيعطى الاخ أكثر وان كان أيسرهما ثم الجد ثم العم على نحو هذا اه من ابن يونس زاد ابن شاس وان كانت وصيته على وجه الحبس فالاخ أولى وحده

ولا يدخل معه غيره فاذا هلك صارت لمن بعده ونحو هذا في سماع أصبغ قال ابن رشد قوله في الحبس لا يدخل مع الاخ غيره معناه ان كانت وصية بسكنى الاقرب فالاقرب ولو كانت بغلة حبس يقسم عليهم الاقرب فالاقرب دخل الابعد مع الاقرب بالاجتهاد اه وانظر في الوصايا الثالث من ابن يونس ان من أوصى بحبس داره على بنى فلان أوثر أهل الحاجة وأما الوصايا فانها تقسم بالسوية وقد تبين بهذا ان قوله الا لبيان مثل أن يقول الاقرب فالاقرب فلو صرح بها لم يكن اشكال في كلامه أولا ويحتمل الا لبيان أن ينص على أن لا يؤثر ذوا الحاجة على غيره (والزوجة في جيرانه) قال عبد الملك من أوصى لجيرانه أعطى الجار الذى اسم المنزل له ولا يعطى اتباعه ولا الصبيان ولا ابنته البكر ولا خدمه وتعطى زوجته وولده الكبير البائن عنه بنفقته والجار المملوك اذا كان يسكن بيتا على حدته أعطى كان سيده جارا أم لا ولسحنون يعطى ولده الاصاغر وأبكار بناته قال عبد الملك وان كانت غلة تقسم فهو لمن حضر القسم في كل غلة وحد الجار الذى لا شك فيه ما كان مواجهه وما لصق بالمنزل من ورائه وجنباته (لا عبد مع سيده) تقدم ان الجار المملوك يعطى ان كان يسكن بيتا على حدته (وفي ولد صغير وبكر قولان) تقدم عزوهما لسحنون وعبد الملك (والحمل في الجارية) بهرام لو أوصى له بأمة أو بولدها دخل حملها ما لم يستثنه من المدونة من أوصى بعتق أمته بعد موته بسنة والثلث يحملها فاولدت بعد موته وقبل مضى السنة فهو بمنزلتها يعتقون بعتقها (ان لم يستثنه) ابن عرفة قول ابن الحاجب الا أن يستثنيه هو مقتضى قول الشيخ (والاسفلون في الموالى) من المدونة من أوصى بثلثه لموالى بنى فلان وله موالى نعمة أنعموا عليه وموالى أنعم هو عليهم كان لمواليه الاسفلين دون الاعلين (والحمل في الولد) من المدونة تصح الوصية بالحمل وبالثمرة الآتية * ابن وهب ان قال أوصيت لفلان بما ولدت جاريتى هذه أبدا ان كانت يوم أوصى حاملا فهو له ابن رشد ان لم يمت حتى ولدت أولادا فله كل ما ولدت في حياته كانت حاملا يوم أوصى أو لم تكن الا أن يرجع عن وصيته فيهم (والمسلم يوم الوصية في عبيده المسلمين) من المدونة ان قال اذا مت فكل مملوك لى مسلم حر وله عبيد مسلمون ونصارى ثم أسلم بعضهم قبل موته لم يعتق منهم الا من كان يوم الوصية مسلما لانى لا أراه أراد غيرهم (لا الموالى في تميم أو بنيهم) من المدونة من أوصى بثلثه لبنى تميم أو قيس جازت وصيته وقسمت على الاجتهاد لانا نعلم انه لم يرد أن يعم قيسا كلهم ولا شئ فيها للموالى * أشهب أما ان قال لتميم فيعطى لمواليهم وأما ان قال بنى فلان فلا * ابن الماجشون وذلك سواء (ولا الكافر في ابن السبيل) اذا أوصى لابن السبيل فقال مالك لا يندرج (ولم يلزم تعميم كغزاة) ابن الحاجب لا يلزم تعميم القبيلة الكبيرة كالغزاة والمساكين ونحوهم ومن المدونة ان كانت الوصية لقوم مجهولين لا يعرف عددهم لكثرتهم كقوله على بنى تميم أو المساكين فانما يكون ذلك لمن حضر القسمة منهم قال مالك ومن أوصى بثلثه لولد ولده فذلك جائز اذا كانوا غير ورثته * قلت فان مات بعضهم وولد غيرهم بعد موت الموصى قبل قسمة المال قال فذلك لمن حضر القسم وقد قال مالك فيمن أوصى لاخواله وأولادهم أو لمواليه بثلثه فات منهم بعد موته نفر وولد لآخرين منهم وذلك قبل قسم المال فانما يكون الثلث لمن أدرك القسم منهم قال ابن القاسم فكذلك مسئلتك بخلاف ما اذا ذكر قوما بأعيانهم اه وقد تقدم ان الوصية تقسم بالسواء بخلاف الحبس فالامر بالحبس أوسع انظر على هذا اذا مات طالب العلم هل لورثته طلب ما انكسر له من المرتب وانما هو كراء رباع وثمن ماء ونحو ذلك * البرزلى كان من يستفتى بالمدرسة يحسب ما انكسر للطالب ويأخذه ورثته وقال ابن عرفة هذه مشقة اذا استحقها السابق ومات أخذ ذلك وارثه دون من هو بها الآن وأفتى ان من مات أو رحل بطل ما انكسر له وهذا هو الصواب لا يستحقه الا من حضر كما قال مالك اذا كان لمجهول من يأتى فلا يأخذ منه الا من حضر القسم وهذا في الطلبة واضح يبقى النظر في المؤذن والامام والبواب هل هى اجارة تتعين لهم متى خدموا وتبقى مسائل اذا خرج المرتب وقد غاب بعض الطلبة هل يبقى موقوفا عليه حتى يرجع وشاهدت ابن عرفة لا يعمل حسابا لمن غاب وتوفى طالب قبل طياب الزيتون فطلب والده حظه

الصدقات للفقراء والمساكين المسئلة الرابعة وهى فائدة الخلاف في الفقراء والمساكين هل هما صنف واحد أو أكثر فيظهر فيمن أوصى بثلث ماله للفقراء والمساكين ممن قال هما صنف واحد قال يكون لفلان نصف الثلث وللفقراء والمساكين النصف الثانى ومن قال هما صنفان قال يقسم الثلث بينهم أثلاثا انتهى وقال ابن عرفة قول ابن شاس يدخل الفقراء في لفظ المسكين والعكس ظاهره ولو على عدم الترادف وهو صواب ان كان الموصى عاميا والا ففيه نظر انتهى ص * ولم يلزم تعميم كغزاة * ش اعلم ان الموصى له اذا كان معينا كفلان أو أولاد فلان ويسميهم فلا خلاف انه يقسم

من الزيتون فأفتى ابن عرفة لاشئ له حتى يطيب الزيتون وهو حى (واجتهد كزيد معهم) من المدونة من قال ثلث مالى لفلان وللمساكين أو قال فى السبيل والفقراء واليتامى قسم بينهم بالاجتهاد لا أثلاثا ولا انصافا (ولاشئ لوارثه قبل القسم) ابن الحاجب ان أوصى بثلثه لزيد والفقراء أعطى زيد بالاجتهاد فان مات قبل القسم فلاشئ لورثته ويكون جميع الثلث للمساكين ومن المدونة أيضا من قال ثلث مالى لفلان وفلان وأحدهما غنى والآخر فقير فالثلث بينهما نصفان وان مات أحدهما بعد موت الموصى ورث نصيبه ورثته (وضرب لمجهول فأكثر بالثلث) ابن الحاجب ان كان فى الوصية مجهول كوقود مصباح على الدوام أو تفرقة خبز ونحوه ضرب له بالثلث ووقفت حصته ومن المدونة من أوصى بشئ يخرج كل يوم الى غير أمد من وقيد فى مسجد أو سقاء ماء أو خبز كل يوم بكذا وكذا أبدا وأوصى مع ذلك بوصايا فانه يحاص بهذا المجهول بالثلث ويوقف بذلك حصته (وهل يقسم على الحصة قولان) اللخمى ان اجتمع فى الحصة مجهولان كعمارة مسجد أو اطعام مسكين فقيل هى كمجهول واحد وقيل لكل وصية منها ثلث * ابن عرفة القول الأول لعبد الملك ولابن يونس قال بعض الفقهاء اذا أوصى بوقيد قناديل فى مسجد كل ليلة للأبد وأن تسقى كل يوم راوية ماء فينظر كم ثمن الراوية فى كل يوم وكم ثمن وقيد قناديل كل ليلة فيقسم الثلث بينهما على قدر ذلك وهذا خلاف ماذكر عبد الملك لانه قال يقسم الثلث على عدد المجهولات ووجه هذا ان كل مجهول لو انفرد لضرب له بالثلث فاذا اجتمعوا قسم الثلث على عددهم اه فقد حصل ان هذا القول معزو وموجه بخلاف القول الآخر (والموصى بشرائه للعتق يزاد ثلث قيمته ثم استؤنى ثم ورث) من المدونة ان أوصى أن يشترى عبد فلان ويعتق فانه يزاد فيه ما بينه وبين ثلث ثمنه لا ثلث الميت وان لم يذكر أن يزاد فان أبى ربه من بيعه الا بأكثر من ذلك فقال ابن القاسم يستأنى بثمنه فان بيع والا رد ثمنه ميراثا (وبيع ممن أحب بعد النقص كالاباية) من المدونة ان قال فى وصيته بيعوا عبدى ممن أحب أو ممن يعتقه فأبى المشترى أن يشتريه بمثل ثمنه نقص من ثمنه ما بينه وبين ثلث ثمنه لا ثلث الميت فان طلب المشترى وضيعة أكثر من ثلث ثمنه خير الورثة فى الذى يباع ممن أحب بين بيعه بما سئلوا أن يعتقوا ثلث العبد وروى غير واحد ان لم يجدوا من يشتريه الا بأقل من وضيعة ثلث الثمن فليس عليهم غير ذلك قال مالك وذلك الأمر عندنا قال وأما الذى يباع ممن يعتقه فيخير الورثة بين بيعه منه بما أعطى أو يعتق ثلث العبد وهذا مما لم يختلف فيه قول مالك (وبشراء عبد فلان وأبى بخلا بطلت ولزيادة فللموصى له) من المدونة ان قال اشتروا عبد فلان لفلان فامتنع ربه من بيعه غبطة به وعبارة ابن شاس ضنا به عاد ذلك ميراثا وبطلت الوصية وان امتنع ربه من بيعه بمثل ثمنه زيد فى ثمنه ما بينه وبين ثلث ثمنه فلو امتنع ربه من بيعه بذلك ليزداد ثمنا دفع ثمنه وثلث ثمنه للموصى له (وبيعه لعتق نقص ثلثه والا خير الوارث فى بيعه أو عتق ثلثه) تقدم قول مالك أما الذى يباع ممن يعتقه فيخير الورثة بين بيعه أو يعتقوا ثلث العبد (والقضاء به لفلان) ابن شاس اذا أوصى أن يباع عبده من فلان فيخير الورثة بين بيعه له بما أعطى أو القطع له بثلث العبد (ويعتق عبد لا يخرج من ثلث الحاضر وقف ان كان لاشهر يسيرة والا عجل عتق ثلث الحاضر ثم تمم منه) من المدونة من أوصى بعتق عبد وهو لا يخرج مما حضر وله مال غائب يخرج فيه فان العبد يوقف لاجتماع المال فان اجتمع قوم فى ثلثه وليس أن يقول اعتقوا منى ثلث الحاضر الساعة قال سحنون الا أن يضر ذلك بالموصى وبالورثة فيما بعد جمعه ويطول * عياض نحو هذا فى الموازية اذا طال ذلك كالاشهر والسنة أنفذ الثلث وفسر أشهب المسئلة أنه يعتق منه ثلث الحاضر ثم ما اقتضى من غائب أعتق من العبد قدر ثلثه قال أبو عمران يشبه أن يكون هذا تفسير القول ابن القاسم

بين الجميع بالسوية ومن مات فلوارثه حصته ومن ولد لم يدخل وان كان الموصى لهم مجهولين غير محصورين كالفقراء والمساكين والغزاة وبنى تميم وبنى زهرة ونحوهم مما لا يمكن الاحاطة بهم فلا خلاف انه لا يلزم تعميمهم ولا التسوية بينهم بل تقسم بالاجتهاد ويكون لمن حضر القسم ولاشئ لمن مات قبله ومن ولد أو قدم قبله استحق وان كان الموصى لهم يمكن حصرهم ولكن الميت لم يعينهم كقوله لاولادى ولاخوتى وأولادهم أو لاخوالى وأولادهم ونحو ذلك فاختلف فيه على قولين فقيل انهم كالمعينين يقسم بينهم بالسوية ومن مات قبل القسم فنصيبه لوارثه ومن ولد بعد موت الموصى لم يدخل وقيل كالمجهولين من مات قبل القسم لم يستحق ومن ولد استحق ويقسم بينهم بالاجتهاد وذكر ابن القاسم فى المدونة أنه لمن حضر القسم ولاشئ لمن مات قبله ومن ولد قبله دخل ثم ذكر انه يقسم بينهم بالسوية ففهم سحنون أن لابن القاسم قولين وجعله خلافا وقال ابن يونس ليس بخلاف

(ولزم اجازة الوارث بمرض لم يصح بعده الا لتبين عذر ككونه في نفقته أو دينه أو سلطانه الا أن يحلف من يجهل مثله انه جهل ان له الرد) من المدونة قلت من أوصى في مرضه بأكثر من ثلثه فأجاز ورثته ذلك قبل موته قال قال مالك من غير أن يطلب الميت ذلك أو طلبهم فأجازوا ثم رجعوا بعد موته قال قال مالك ان استأذنهم في مرضه فأذنوا له ثم رجعوا بعد موته فمن كان عنه بائنا من ولد أخ أو ابن عم فليس ذلك لهم وأما امرأته وبناته اللاتي لم يبن منه وكل من في عياله وان كان قد احتلم وعصبته الذين يحتاجون اليه ويخافون ان منعوه وصح أضر بهم في منع رفده فهؤلاء أن يرجعوا اذا برئ أن اجازتهم تلك خوفا مما وصفنا قال ابن القاسم الا أن يجيزوا وصيته بعد موته فلا يكون لهم أن يرجعوا ويجوز ذلك عليهم اذا كانت حالهم مرضية ولا يجوز اذن البكر ولا الابن السفيه وان لم يرجعا وقال ابن الحاجب ان كان في المرض ولم تتخلل صحة فكالموت على الأشهر الا أن يتبين عذره من كونه عليه نفقته أو دينه أو سلطانه فلو قال ما علمت ان لي ردها ومثله يجهل حلف (لا بصحة ولو بكسفر) قال مالك في موطئه ان أذن الورثة للصحيح أن يوصي بأكثر من ثلثه لم يلزمهم ذلك ان مات وسمع ابن القاسم من استأذن وارثه في وصية بأكثر من ثلثه وهو يريد الغزو أو السفر فأقر له فمات الموصي لزم وارثه ما أجازه كالمريض ثم رجع عنه الى انه لا يلزمه اجازته لانه صحيح * أصبغ وهو الصواب * ابن رشد ومثله قول ابن القاسم في سماع عبد الملك اه من ابن عرفة (والوارث يصير غير وارث وعكسه المعتبر مآله) من الموطأ قال مالك السنة التي لا اختلاف فيها انه لا يجوز وصيته لوارث الا أن يجيز ذلك ورثة الميت * الباجي انما يراعى في ذلك أن يكون وارثا يوم الموت فلو أوصى لوارث ثم كان غير وارث لصحت له الوصية ولو أوصى لغير وارث ثم كان وارثا لبطلت الوصية (ولو لم يعلم) قال ابن القاسم فيمن أوصت لزوجها ثم أبانها ثم ماتت ان علمت بطلاقه فالوصية جائزة وان لم تعلم بطلاقه فلا شيء له وقال أيضا علمت أو لم تعلم فالوصية نافذة ووجه الباجي كلا القولين ومن المدونة قال مالك من أوصى لأخيه بوصية في مرض أو صحة وهو وارثه لم يجز فان ولد له ولد يحجبه جازت الوصية ان مات اذا علم بالولد لانه قد تركها بعد ما ولد له فصار مجيزا لها وقال أشهب الوصية للأخ جائزة علم الموصي بما ولد له أم لم يعلم (واجتهد في ثمن مشترى لظهار أو تطوع بقدر المال) من المدونة من أوصى بعتق نسمة تشترى ولم يسم ثمنا أخرجت بالاجتهاد بقدر قلة المال وكثرته وكذا ان قال عن ظهار (فان سمى في تطوع يسيرا أو قل الثلث شورك به في عبد والا فآخر نجم مكاتب وان أعتق فظهر دين يرده أو بعضه رق المقابل) من المدونة قال ابن القاسم ان سمى ثمنا لا يسعه الثلث اشترى بثلثه ان كان فيه ما يشترى به رقبة فان لم يبلغ التطوع شورك به في رقبته فان لم يبلغ أعين به مكاتب في آخر نجومه وان سمى ثمنا فيه كفاف الثلث فاشتراها الوصي به فأعتقها عنه ثم لحق الميت دين يغترق جميع ماله رد العبد رقا وان لم يغترق الدين جميع ماله رد

بل مذهبه انه لمن حضر القسم وانه يقسم بالسوية قال وهو قول مالك وهذا هو الظاهر أنظر ابن يونس وأبا الحسن وانظر الرجراجي فان كلامه يقتضي أن المشهور انه لمن حضر القسم ان كان أولاد فلان فلا يمكن زيادتهم وانظر الشامل فيمن أوصى لقرابته (فرع) فقراء الرباط والمدرسة الظاهر انهم من هذا القسم والله أعلم ص ﴿ ولزم اجازة الوارث بمرض ﴾ ش يعني اذا أوصى الميت بأكثر من الثلث أو لوارث كما فرض المسئلة في التوضيح ص ﴿ والوارث يصير غير وارث وعكسه المعتبر مآله ﴾ ش مثال الصورة الاولى اذا أوصى لاخيه ولا ولد له ثم ولد له أو أوصت المرأة لزوجها ثم أبانها ومثال العكس ان يوصي لامرأة ثم يتزوجها أو يوصي لأخيه وله ولد فيموت الولد ويصير الاخ هو الوارث وجعل الشارح في الكبير مثال الثانية ما اذا أوصت لزوجها ثم أبانها وهو سهو فانه مثال للاولى وغره في ذلك ما يتبادر من كلام التوضيح فان المتبادر للفهم منه كما قال الشارح لكن يمكن رده الى الصواب بالتأمل بخلاف كلام الشارح ص ﴿ ولو لم يعلم ﴾ ش هذا الخلاف في الصورة الاولى وهي ما اذا أوصى لوارث ثم صار غير وارث وأما الثانية فلا يتصور فيها وجود الخلاف ص ﴿ فان سمى في تطوع يسيرا أو قل الثلث ﴾ ش احترز بالتطوع من الظهار قال في التوضيح قال اللخمي ويطعم به في الظهار فان فضل منه عن الاطعام فضلة كان الفاضل لهم انتهى وعبارة التبصرة أوفى مما نقله في التوضيح ونصه وان لم يبلغ ذلك وكان العتق عن ظهار أطعم عنه ان وفى بالاطعام أو ما بلغ منه وان كان فوق الاطعام ودون العتق أطعموا وكان الفاضل لهم وهذا هو القياس والاستحسان يتصدق بالفاضل وان كان العتق عن قتل اشترى بما ينوب القتل في رقبته كالتطوع انتهى ص ﴿ والا فآخر نجم مكاتب ﴾ ش هكذا في المدونة

والظاهر انه لافرق بين الاول والآخر ولفظ اللخمي قال مالك و يعان به مكاتب ولا يقال انما اشترط الاخير لأنه اذا أدى أولا فقد يعجز فلا يحصل العتق المقصود لأنا نقول ان عجز يؤخذ ذلك من سيده لأنه انما يدفع للمكاتب لقصد العتق لا لقصد الصدقة نعم آخر نجم أولى لانه لايشبه انه ما عتق الا بسببه والامر من الخاصم بعد عجزه والله أعلم ص ﴿ وان مات بعد اشترائه ولم يعتق اشترى غيره لمبلغ الثلث ﴾ ش قال في الوصايا الاول من المدونة ومن أوصى بنسمة تشترى للعتق لم تكن بالشراء حرة حتى تعتق لأنه لو قتله رجل أدى قيمته عبدا وأحكامه في جميع أحواله أحكام العبد حتى يعتق انتهى قال اللخمي في تبصرته وان قال فاذا اشتريتموها فهي حرة كانت حرة بنفس الشراء انتهى ونقله أبو الحسن الصغير وقبله ثم قال في المدونة فان مات بعد الشراء وقبل العتق كان عليهم ان يشتروا رقبة أخرى مابينهم و بين مبلغ الثلث انتهى وظاهره فرطوا في تأخير العتق أو لم يفرطوا ولم أر من نص على ذلك بالاطلاق أو التقييد و في سماع عيسى في رسم لم يدرك من كتاب الوصايا الثاني مانصه وسألته عن الرجل يوصي أن يشترى من ماله رقبة وذكراها واجبة عليه فابتاعوا رقبة قبل ان يقسم ماله فمات العبد أو جنى جناية تحيط برقبته قبل ان ينفذ عتقه قال ابن القاسم اذا مات فانه يرجع أيضا في المال فيخرج مما بقي ثمن رقبة فيشترى فيعتق ان حمل الثلث مابقي بعد موت الغلام ما يكون فيه رقبة أو ما كان من ثلثه وكذلك لو أخرج ثمنه فسقط وأما اذا جنى خير الورثة في ان يسلموه و يبتاعوا من ثلث مابقي عبدا وان يفتكوه فيعتقوه وكذا يرجع أبدا في ثلث مابقي مالم ينفذ عتقه أو يقسم المال فان قسم وقد اشترى وأخرج ثمنه فذهب فلا شئ على الورثة الا ان يكون معه في الثلث أهل وصايا قد أخذوا وصاياهم فيؤخذ مما أخذوا ما يبتاع به رقبة لأنه لا تجوز وصيته ولم ينفذ الا ان يكون معه في الوصية من الواجب ما هو مثله فيكون في الثلث سواء وان بقي في أيدي الورثة من الثلث ما يبتاع به رقبة ثم أخذ ذلك من أيديهم بعد القسم وابتيع به رقبة وانفذ لأهل الوصايا وصاياهم ولا يكون لهم من الثلث شئ وثم وصاياهم تنفذ قال ابن رشد قوله اذا مات العبد قبل ان يعتق انه يرجع في ثلث مابقي بعد العبد فيشترى به عبدا آخر فيعتق ان كان المال لم يقسم وان كان قد قسم لم يرجع على الورثة الا ان بقي في أيديهم من الثلث بعد العبد الذي كان اشترى للعتق فات استحسان لا يحمله القياس لأن الحقوق الطارئة على التركة لا يسقطها قسمة المال وقد روى أصبغ عن ابن القاسم أنه يرجع الى ما بقي من المال فيخرج ثلثه و يكون ذلك كشئ لم يكن لا يحتسب في ثلث ولم يفرق بين ان يكون المال قد قسم أو لم يقسم وهو ظاهر ما في كتاب الوصايا الاول من المدونة ومن الناس من ذهب الى انه يفسر ما في المدونة بما وقع في هذه الرواية من الفرق بين أن يقسم المال أو لا يقسم وهو قول أصبغ وليس ذلك بصحيح لأن الاولى ان يحمل الكلام على الظاهر مما هو القياس ولا يعدل به عن ظاهره بالتأويل الى ما ليس بقياس وانما هو استحسان وكذلك قوله انه يرجع في ثلث مابقي مالم ينفذ عتقه يريد أنه اذا انفذ عتقه فاستحق بعد العتق لا يرجع في ثلث مابقي من التركة بعد قيمته وان لم يقسم المال وانما يرجع فيما بقي من من الثلث بعد قيمته هو استحسان أيضا على غير قياس والذي يوجبه النظر بالقياس على الاصول أن يرجع أيضا اذا استحق العبد بعد ان عتق في ثلث ما بقي من التركة بعد قيمته قسم المال أو لم يقسم انتهى ص ﴿ وبشاة أو عدد من ماله يشارك بالجزء ﴾ ش يعني أن من أوصى لشخص بشاة أو بعدد من ماله فانه يشارك بالجزء ومعنى

العبد وأعطى صاحب الدين دينه ثم عتق من العبد مقدار ثلث ما بقي من مال الميت بعد قضاء الدين ولا يضمن اذا لم يعلم بالدين (وان مات بعد شرائه ولم يعتق اشترى غيره لمبلغ الثلث) عبد الوهاب اذا أوصى بعتق نسمة لم يعتق بنفس الشراء حتى يحكم بالعتق واذا أوصى بأن يشترى أحد ممن يعتق عليه عتق عليه بنفس الشراء والكل وصية تخرج من الثلث من المدونة من أوصى بنسمة تشترى فتعتق لم تكن بالشراء حرة حتى تعتق لانه لو قتله رجل أدى قيمته عبدا وأحكامه في أحواله أحكام عبد حتى يعتق فان مات بعد الشراء وقبل العتق كان عليهم أن يشتروا رقبة أخرى مابينهم و بين مبلغ الثلث (وبشاة أو عدد من ماله يشارك بالجزء) من الموازية اذا أوصى له بشاة من ماله وله غنم فهو شريك بواحدة في عددها ضأنها ومعزها ذكورها واناثها صغارها وكبارها فان هلكت كلها فلا شئ له وان لم يكن له غنم فله في ماله قيمة شاة من وسط الغنم ان حمله الثلث أو ما حمل منه * الشيخ ومن أوصى لرجل بعشرة شياه من غنمه ومات وهي ثلاثون فولدت بعده فصارت خمسين فله خمسها وقاله أشهب مرة وقال مرة له من الاولاد

بقدر ماله من الأمهات ان كانت الامهات عشر ين أخذ عشرا من الامهات ونصف الاولاد ان حملها الثلث أوما حمله منها (وان لم يبق الاماسماه فهوله ان حمله الثلث) من المدونة من أوصى بعتق عشرة من عبيده ولم يعينهم وعبيده خمسون فات منهم عشرون قبل التقويم عتق ممن بقى منهم عشرة أجزاء من ثلاثين جزأ بالسهم خرج عدد ذلك أقل من عشرة أو أكثر ولو هلكوا الا عشرة عتقوا ان حملهم الثلث وكذا من أوصى لرجل بعدد من رقيقه أو بعشرة من ابله (لاثلث غنمه فتموت) من المدونة ان قال له ثلث ابله أو أوصى له بثلث غنمه فاستحق ثلثاها فانما للموصى ثلث مابقى من الابل والغنم (وان لم يكن له غنم فله شاة وسط) تقدم نص الموازية فى ماله قيمة شاة (وان قال من غنمى ولا غنم له بطلت) فى الموازية اذا قال له شاة من غنمى فات ولا غنم له فلاشئ له (كعتق عبد من عبيده وماتوا) ابن الحاجب لو أصى له بشاة من غنمه ولا غنم له فلا شئ له كما لو أوصى بعتق عبيده فماتوا أو استحقوا بطلت كالعتق قال مالك اذا أوصى بحائط فاثمر قبل موت الموصى فالثمر للموصى وان أوصى بعتق الجارية فولدت قبل موته كان الولد للورثة قال عبد الوهاب والكل نماء وجد فى المواشى فان ولدت بعد الموت كان تبعا لها أنظر ترجمة من أوصى لرجل بحائط فاثمر أو بعبد فافاد مالا أو بامة فولدت قال فى أثناء كلامه الا أن يوصى قبل الابان وقبل الولادة فيكون ذلك للموصى له كالجميع (وقدم لضيق الثلث فك أسير) بوب الباجى على هذا فقال الباب الرابع فى تبدئة أصحاب الوصايا على بعض وذكر انه لاينظر الى ماقدمه الميت بالذكر فى كتاب وصيته وانما يبدأ بالاوكد الأن يكون قال بدؤا كذا فيبدأ على ماهو أوكد منه الافيما لا يرجع العاهد عنه وقال أيضا ان أوصى بصدقة وعطية مما بعضها أفضل من بعض فلا تبدئة فيه انما التبدئة فيما هو أوكد وألزم قال مالك من قال ثلثى للمساكين وفى سبيل الله وعهد لرجل بمائة تحاص الرجل مع المسكين وابن السبيل وقال ابن رشد أول مايخرج من الثلث المدبر فى الصحة وكان أبو عمر الاشبيلى يرى تبدئة ماوصى به فى فك أسير على المدبر فى الصحة وقال ان الشيوخ اجمعوا على ذلك وهو صحيح (ثم مدبر صحة ثم صداق مريض) ابن رشد أول مايخرج من الثلث المدبر فى الصحة وصداق المريض اذا دخل فى مرضه فيل انهما سواء يتحاصان وقيل يبدأ المدبر وقيل يبدأ صداق المريض

(٣٧٨)

يشارك بالجزء انه يكون شريكا بنسبة تلك الشاة من الغنم أو بنسبة ذلك العدد من الغنم فان أوصى له بشاة ومات عن خمس فله الخمس وان أوصى له بثلاثة فله ثلاثة أخماس من الغنم فتقوم ويأخذ الموصى له بذلك الجزء من الغنم سواء كان عدده قدر الذى أوصى به الميت أو أكثر أو أقل بالقرعة هذا قول ابن القاسم لكنه لم يراع الجزء يوم الموت مطلقا بل راعاه بشرط ان تبقى الغنم الى يوم التنفيذ فان لم تبق الغنم على عددها بل نقصت فله نسبة ذلك العدد الى الموجود يوم التنفيذ فان لم يبق الاذلك العدد أخذه الموصى له ان حمله الثلث قال فى أول الوصايا الاول قال غير ابن القاسم مامات أو تلف قبل النظر فى الثلث كان الميت لم يتركه انتهى قال أبو الحسن ظاهره فرطوا أم لا وقول الغير تفسير وتتميم انتهى فلو أوصى له بعشرة من غنمه وهى خمسون ثم تلف منها عشرون فله ثلث الثلاثين الباقية وان بقى عشرون فله نصفها وان بقى خمسة عشر فله ثلثاها فان بقى عشرة أخذها وان حمل ذلك الثلث فان لم يبق من الغنم شئ أو استحقت كلها فلاشئ له نص عليه ابن عرفة ونحوه فى التوضيح وفى المدونة أول الوصايا مايدل كالصريح لمن تأمل ص ﴿ لاثلث غنمى فتموت ﴾ ش يريد فيموت غالبها وتبقى بقية فليس للموصى له الاثلث الباقى والله أعلم (فرع) قال ابن عرفة الشيخ من أوصى لرجل بعشرة شياه من غنمه ومات وهى ثلاثون فولدت بعده فصارت خمسين له خمسها قاله أشهب مرة ومرة قال له من الاولاد بقدر ماله من الامهات ان كانت الامهات عشرين أخذ عشرا من الامهات ونصف الاولاد ان حمله الثلث أوما حمل منها انتهى ص ﴿ وقدم لضيق الثلث ﴾ ش قال ابن عرفة والمخرج من ثلثه الوصايا وتبرعات مرض موته فان ضاق ونص على تقدم شئ على شئ له رده قدم عليه وتقدم القول فيه وماذكره الباجى فيه والاقدم الآكد انتهى وكلام الباجى قبل هذا الكلام بنحو الاربع ورقات وهو يحتاج الى تأمل وهو كلام ابن رشد فى المقدمات ونصه واذا ضاق الثلث عن الوصايا يبدأ بالآكد فالآكد والاقدم فالاقدم وما كان بمنزلة واحدة فى التأكيد تحاصوا فى الثلث وان كان بعضها أقدم من بعض الا ان ينص الموصى على تقدم بعضها على بعض فيبدأ بالذى نص على تبدئته اتباعا لوصيته وان كان غيرها من الوصايا آكد مالم يكن مما لايجوز الرجوع عنه كالبتل فى المرض والمدبر فيه أو فى الصحة انتهى ص ﴿ ثم مدبر صحة ﴾ ش قال فى كتاب المدبر منها ومن مات وترك مدبرين فان كان دبر

واحدا بعد واحد فى صحة أو فى مرض أو دبر فى مرض ثم صح فدبر فى صحته ثم مرض فدبر فى مرضه فذلك سواء ويبدأ الاول فالاول الى مبلغ الثلث فان بقى أحد منهم رق ولو دبرهم فى كلمة فى صحة أو مرض عتق جميعهم ان حملهم الثلث وان لم يحملهم لم يبدأ أحدهم على صاحبه ولكن يفض الثلث على جميعهم بالقيمة فيعتق من كل واحد حصته منه وان لم يدع الاهم عتق ثلث كل واحد ولا سهم بينهم بخلاف المبتلين فى المرض انتهى قال فى هذا المحل من التوضيح هو المشهور وقيل يقرع بينهم انتهى ص ﴿ثم زكاة أوصى بها﴾ ش يعنى ثم زكاة فرط فيها وأوصى بها فى مرضه أما لو لم يفرط فيها فهى المسئلة الآتية فى قوله الا أن يعترف الى آخره وأما لو أقر فى صحته وأشهد بها فانها من رأس ماله كما سيأتى فى أول باب الفرائض ولو فرط فيها ولم يوص بها فى مرضه فلا تخرج من ثلثه ولا غيره قال فى التوضيح ولو قال فى مرضه سأخرجها انتهى ومراد المؤلف زكاة الاموال سواء كانت عينا أو حرثا أو ماشية قال فى المنتقى قال فى كتاب ابن المواز زكاة المال والحب والماشية سواء يحاص فيها عند ضيق الثلث انتهى ص ﴿الا أن يعترف بحلولها ويوصى فمن رأس المال﴾ ش هذه هى الزكاة التى لم يفرط فيها وفرق المؤلف بين العين وغيرها فشرط فى العين ان يعترف بحلولها ويوصى بالمال أما اشتراط الاعتراف فتبع فيه ابن الحاجب وقد اعترضه فى توضيحه وكذلك ابن عبد السلام وابن عرفة ونص ابن عرفة قول ابن الحاجب ان اعترف بحلولها حينئذ انه لم يخرجها فمن رأس ماله خلاف اقتضاء ظاهر الروايات شرط علم حلولها حينئذ من غيره ولصحة تعليل الصقلى ما أخرمنها فى الثلث لكونه لم يعلم الا من قبله انتهى قال فى التوضيح قال ابن عبد السلام ظاهر كلامه انه يكتفى فى هذا باعتراف الموصى سواء عرف ذلك من غيره أم لا وفى موافقته للرواية نظر أى لأن فى المدونة فاعرف من هذا انتهى وأشار الى قوله فى الوصايا الاول فأما المريض يحل حول زكاته أو مقوم عليه مال حال حوله فاعرف من هذا فاخرجه من مرضه أو أمر بذلك ثم مات فانها فارغة من رأس ماله فان لم يأمر بها لم يقض بها على الورثة وأمروا بغير قضاء انتهى وأما اشتراط الايصاء فهو مذهب المدونة كما علمت الآن والله أعلم وقوله فى المدونة فارغة هو بالعين المهملة أى خارجة ولها حكاية قال المشذالى فى حاشية قوله فارعة من رأس المال كتب بعض الموثقين الاندلسيين وثيقة فى المدبر وذكر فيها فارغا من رأس المال يعنى بالمعجمة فدخل بها على بعض القضاة فقال له القاضى هل عندك من غريب فاخرج الوثيقة فطفق يقرؤها حتى بلغ فارغا فاستعاده القاضى فاعاد فقال له صحفت يافقيه فتأمل فقال كذا رويتها وضبطتها عن أشياخى وكذا هى فى الأمهات فقال له القاضى كل كتاب وقعت فيه كذلك أو شيخ رواها كذلك فقد أخطأ فخرج من عنده ولم يفهمه جوابها فتحير الطالب الموثق فبعث أسئلة الى قرطبة وضواحيها فاضطربت أجوبتهم فيها فقال بعضهم يصح فيها الوجهان وقال بعضهم بالغين المعجمة وقال بعضهم بالمهملة ثم رجعوا الى القاضى فقال القاضى كلهم أخطؤا واللفظة بالمهملة وأول من صدرت عنه مولانا عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه (قلت) هذا الموثق ان كان بعد عياض فهو قاصر وقد نص عليها عياض فى العتق الاول والعارية وان كان قبله فقد نص عليها صاحب الغريبين فى باب الفاء ص ﴿كالحرث والماشية وان لم يوص﴾ ش سيأتى الكلام عليها محررا فى أول الفرائض ان شاء الله والله أعلم ص ﴿ثم عتق ظهار وقتل﴾ ش يعنى قتل الخطأ كما قيده فى المقدمات والباجى وغيرهما قال الباجى وأما العمد فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم أن كفارة الظهار مقدمة اذ

عند ابن القاسم (ثم زكاة أوصى بها) محمد من علم منعه زكاة أقر بها فى مرضه تخرج من ثلثه وصوب اللخمى كونها من رأس ماله النكت ويبدأ عليها مدبر الصحة وصداق المريض لان وجوب الزكاة عليه انما هو معلوم بقوله فحكم المدبر والصداق أقوى (الا أن يعترف بحلولها ويوصى فمن رأس ماله) من المدونة من حلت زكاة عينه فى مرضه أو أتاه مال غائب فامر بزكاته فمن رأس ماله (كالحرث والماشية وان لم يوص ثم الفطرة) تقدم هذا قبل قوله ثم زكاة وقال ابن يونس من مات يوم الفطر أو ليلته فاوصى بفطرته فهى من رأس المال فان لم يوص بها أمر ورثته باخراجها ولم يجبروا كزكاة العين تحل فى مرضه وأشهب يقول هى من رأس المال أوصى بها أو لم يوص كمن مات وقد أزهى حائطه أو طاب كرمه أو أفرك زرعه واستغنى عن الماء فزكاة ذلك على الميت فى رأس ماله ان بلغ ما فيه الزكاة أوصى بذلك أو لم يوص ولم يختلف فى هذا (ثم عتق ظهار وقتل

وأقرع بينهما) النكت ثم بعد الزكاة العتق في الظهار والقتل لان الزكاة لاعوض عنها فهي أقوى فان ضاق الثلث عن عتق الظهار والقتل ولم يحمل الارقبة واحدة فرأيت للابياني ان معنى المدونة انه يقرع بينهما وذهب بعض القرويين الى أنه يحاص بينهما فما وقع للظهار أطعم به وما وقع للقتل شورك به في رقبة ابن رشد ان وسع الثلث رقبة واطعام ستين مسكينا فيعتق الرقبة في القتل ويطعم عن الظهار باتفاق (ثم كفارة يمينه) النكت يبدأ عتق الظهار والقتل على كفارة اليمين لان كفارة اليمين هو فيها مخير في ثلاثة والظهار والقتل كفارتهما مقصورة على شيء واحد لا ينتقل عنه الا بالعدم الباجي وقال مالك انما تبدأ كفارة الايمان ان كانت عليه فيما علم فاما ان أوصى بها تحنثا وتحرجا فلا تبدل وهي كالوصايا بالصدقة (ثم لفطر رمضان ثم للتفريط) لما ذكر ابن رشد تبدئة كفارة اليمين قال ثم كفارة الفطر في رمضان متعمدا ثم كفارة التفريط في قضاء رمضان وهذا على ما في المدونة وهو الاظهر وفي النكت ولما لم يكن في كفارة رمضان نص في الكتاب كانت أضعف من كفارة اليمين (ثم للنذر) النكت ثم بعد اطعام رمضان لان اطعام كفارة رمضان نص في الكتاب ووجبت السنة والنذر هو اختار ادخاله فهو أضعف وفي المقدمات ثم النذر قال ابن أبي زيد اذا أوصى به (ثم المبتل ومدبر المرض) من النكت ثم بعد النذر العتق المبتل في المرض والتدبير في المرض على مذهب أبي محمد ووجهه أن النذر وجب في حال الصحة وما ذكرنا انما وجب حال العجز في المرض فهو أضعف ابن رشد النذر الذي يوجبه الانسان على نفسه في المرض ينبغي أن يكون بمنزلة المبتل في المرض والمدبر فيه وهذا أعني المبتل في المرض والمدبر فيه هل يقدم أحدهما على الآخر أو يتحاصان هذا الخلاف ان كانا في فور واحد وأما ان كان أحدهما قبل صاحبه فيبدأ الأول منهما (ثم الموصى بعتقه معينا عنده أو يشترى) سيأتي ان الصدقة المبتلة في المرض مقدمة على الوصية بعتق عبد معين من المدونة ثم يبدأ بالمبتل والمدبر في المرض معا ثم الموصى به للعتق بعينه والمشترى بعينه معا اللخمي وقال محمد يبدأ الذي ملكه وهو أبين لان الملك مترقب في الذي ليس في ملكه ومن العتبية قال مالك من أوصى بوصايا القوم وأوصى ببقية ثلثه لرجل ثم أقام أياما وأوصى بعتق رقيقه وأوصى بوصايا القوم آخرين ولم يغير من الوصية الاولى شيئا ثم مات قال مالك يبدأ بالعتق ثم يكون أهل الوصايا في الثلث سواء ان وسعهم أخذوها والا تحاصوا فيها بقدر وصاياهم بعد العتق ولا يكون للموصى له ببقية الثلث شيء الا بعد العتق وبعد أخذ أهل الوصايا الاولين والآخرين وصاياهم فان مات العبد أو رد أحد من أهل الوصايا وصيته أدخل في الثلث قيمة الميت ووصية الراد وكان ذلك

ليست بواجبة في العمد انتهى ونقله ابن عرفة والله أعلم ص ﴿وأقرع بينهما﴾ ش هذا أحد أربعة أقوال في المسئلة نقلها في المقدمات وغيرها قال في المقدمات وذلك يعني الخلاف اذا لم يكن في الثلث الا رقبة واحدة وأما اذا كان في الثلث رقبة واطعام فيعتق الرقبة في القتل ويطعم عن الظهار باتفاق انتهى والله أعلم ص ﴿ثم لفطر رمضان﴾ ش قال البساطي بالاكل والشرب فان قلت قيدت ذلك بالاكل والشرب لماذا قلت الكفارة بالجماع مجمع عليها وكان ذلك مقصود أهل المذهب حيث لا يقولون الا كفارة الفطر انتهى وهذا الذي قاله غير ظاهر لان المفطر يعم كذلك ولم أر أحدا قيده بما قال فالصواب حمله على الاطلاق والله أعلم ص ﴿ثم المبتل ومدبر المرض﴾ ش يعني انهما في مرتبة واحدة فان لم يحملها الثلث تحاصا قال في التوضيح وهذا اذا كان في فور واحد ولو بدأ بأحدهما ثم ذكر الآخر بدأ بالاول لانه ثبت له ما لا رجوع فيه أشهب والكلام المتصل لا صمات فيه كاللفظة الواحدة وقال ابن القاسم ما كان في كلمة واحدة وفور واحد فهما معا وما كان في فور بعد فور فالأول مبدأ انتهى وقال ابن عرفة الباجي هذا اذا كان في لفظ واحد أو في حكم اللفظ الواحد قال في الموازية والعتبية والمجموعة ان كانا في كلام واحد في مرضه فقال هذا مدبر وهذا حر بتلا تحاصا وقاله ابن القاسم ولو بدأ بأحدهما ثم ذكر الآخر بدأ بالاول لانه ثبت له ما لا يرجع فيه ولأشهب في المجموعة الكلام المتصل لا صمات فيه كاللفظ الواحد ولابن القاسم في الواضحة ما كان في كلمة واحدة وفور واحد فهما معا وما كان في فور بعد فور فالاول مبدأ قال أشهب ان قال فلان حر بتلا ثم سكت سكوتا يعرف انه لم يرد غيره ثم بدأ له بتل غيره بدىء الاول فالأول اه وكلام أشهب هذا الاخير هو الذي أشار اليه المؤلف بقوله آخر العتق الا أن يرتب فيتبع والله أعلم وكذلك اذا دبر واحدا بعد واحد في كلمة واحدة الحكم واحد وقد تقدم في لفظ المدونة قال في المقدمات والنذر الذي يوجبه على نفسه في المرض ينبغي أن يكون بمنزلة المبتل في المرض والمدبر فيه انتهى ص ﴿ثم الموصى بعتقه معينا﴾ ش لم يتكلم المؤلف رحمه الله تعالى على صدقة

المريض المبتلة قال ابن عرفة وقال ابن دينار صدقة المبتل مقدمة على الوصية بعتق معين اذ له أن يرجع عنه وقاله المغيرة وعبد الوهاب قال سحنون كانت العطية قبل وصيته أو بعدها وروى ابن القاسم ان مالكا توقف فى تبدئة صدقة المبتل على الوصايا وكذلك فى العتبية وتبدأ أحب الى وأما على العتق بعينه فيبدأ العتق ابن زرقون الذى فى سماع ابن القاسم من الوصايا أن الوصية يحاص بها مع صدقة المريض وفى كتاب المرابحة من العتبية الصدقة مبدأة انتهى وفى رسم طلق بن حبيب من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا بعد أن ذكر الرواية قال ابن رشد ظاهر هذه الرواية ان السؤال فيها انما هو عن الوصية بالصدقة والوصية على سبيل العطية فقال انهما يتحاصان ولا خلاف أحفظه فى ذلك وقد رأيت لابن دحون انه قال قد قيل ان الصدقة تقدم على الوصية لانها للفقراء والوصية للاغنياء ولا أعرف هذا القول ولا وجه له اذ قد يتصدق على الغنى و يعطى للفقير و يلزم ان تبدأ الوصية للفقير على الوصية للغنى وذلك خلاف الاجماع وانما الاختلاف المعلوم فى الصدقة المبتلة فى المرض والوصية هل يتحاصان أو تبدأ الصدقة المبتلة من أجل انه ان صح لزمته فروى الحارث عن ابن وهب قال سمعت مالكا يقول فى الرجل يتصدق بالصدقة فى مرضه و يوصى لناس بوصايا ثم يموت فيبدأ أهل الوصايا أن يدخلوا على المتصدق عليه قال لا أرى ذلك لهم لانه لو عاش ثم أراد أن يرجع فى صدقته لم يكن له ذلك ومثل هذا فى المختصر الكبير لابن عبد الحكم عن مالك ومثل هذا فى كتاب ابن حبيب وقد اختلف قول مالك فى هذا الاصل انتهى فحاصله ان الصدقة المبتلة ومثلها العطية المبتلة يقدمان على الوصايا على القول المروى عن مالك وعن أكثر أصحابه وهل يقدمان على الموصى بعتقه اختار ابن القاسم تبدئة الموصى بعتقه والله أعلم وهل تحتاج العطية فى المرض الى حوز ففى المنتقى عدم احتياجها أنظره فيه بعد يشير والله أعلم الى قول الباجى فى المنتقى فى الوصايا فى ترجمة الوصية فى الثلث فى شرح قوله فى الحديث ايا هم وثلث مالى قال لافضل ان حملنا قوله أنا أتصدق بثلث مالى على بتل الصدقة فى المرض والنبى عليه السلام منع من ذلك وعلى هذا فقهاء الامصار انه لا يجوز للمريض أن يبتل من ماله الا ثلثه بصدقة أو هبة أو عتق أو محاباة فى بيع فان زاد على ذلك فالزيادة موقوفة فان أفاق من مرضه ذلك لزمه جميعه وان مات من مرضه ذلك فحكمه حكم الوصية ان أجازه الورثة والا رد الى الثلث ولا يعتبر فى ذلك قبض الهبة لان حكمه حكم الوصية وشذ أهل الظاهر وقالوا يلزمه الجميع اذا قبض الهبة أو الصدقة انتهى والمراد منه قوله ولا يعتبر فى ذلك قبض الهبة لان حكمه حكم الوصية والوصية لا يشترط فيها الحوز فتأمل ذلك والله أعلم والحق صاحب المقدمات بهذه الاربعة التى ذكرها المؤلف الموصى له بكتابته اذا عجل الكتابة والله أعلم (فرع) جعل ابن رشد فى نوازله الموصى بتحبيسه مع الموصى بالثلث فى مرتبة واحدة ونقله البرزلى وانظر الحبس المبتل فى المرض هل يبدأ على الوصايا بمال فان فى كلام ابن رشد فى رسم أخذ يشرب خمرا من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس اشارة الى ذلك ونصه فى شرح مسئلة من حبس فى مرضه داراله وجعلها بعد حبسه فى سبيل الله فاراد أن يغير ذلك فى مرضه أذلك له قال نعم ذلك له ونصه قوله ان له أن يغير فى مرضه يريد فينفذ تغييره و يبطل الحبس ان مات من مرضه وأما ان صح فيلزمه الحبس و يحكم به عليه وان كان قد رجع عنه وغيره فى مرضه و وجه كونه له أن يغير ذلك فى مرضه أنه لما كان الحبس لا ينفذ من مات من مرضه الا من الثلث حكم له بحكم الوصية فى ان له ان يرجع فيه فعلى قياس هذا ان مات من مرضه قبل أن يغير حبسه وقد أوصى بوصايا بمال فلم يحمل

للورثة (أو لكشهر أو بمال فعجله) جعل ابن رشد الموصى بعتقه بعينه والموصى أن يشترى فيعتق والموصى بعتقه الى شهر وما أشبهه والموصى بعتقه على مال والموصى بكتابته اذا عجل الكتابة كل هؤلاء سواء لا يبدأ أحدهم على صاحبه ويتحاصون ثم ذكر الخلاف فى ذلك

(ثم الموصى بكتابته والمعتق بمال والمعتق لأجل بعيد) تقدم مالابن رشد ولماذ كر فى النكت ان الموصى بعتقه يتحاص مع الموصى أن يعتق الى أجل قريب كالشهر ونحوه ومع الموصى بعتقه على مال تعجله ثم قال فبعد ذلك الموصى أن يعتق الى أجل كالسنة ونحوها ثم للموصى أن يكاتب أو يعتق على مال فلم يعجله قال ولو أوصى بعتق العبد الى أجل بعيد تحاصص هو والموصى أن يكاتب أو يعتق على مال و يصيران فى درجة متقاربة (ثم المعتق لسنة على الا كثر) تقدم نص النكت ان للموصى أن يعتق الى سنة مبدأ على الموصى أن يعتق الى أجل بعيد ونحوه لابن رشد وسيأتى نصه بعد هذا عند قوله الا الضرورة (ثم عتق لم يعين ثم حج) ابن رشد ثم بعد الموصى بعتقه الى سنين يختلف فى الوصية بالعتق بغير عينه و بالمال و بالحج فقيل انها كلها سواء فى التحاصص وهو أحد قولى مالك فى المدونة وقيل يبدأ العتق على الحج و يتحاصص مع المال وهو (٣٨٢) قوله الثانى فيها وفى النكت يبدأ على الوصية بالعتق النذر مثل قوله لله على أن أطعم ثلاثين مسكينا على مايذ كر عن ابن مناس وقد سالت بعض شيوخنا وقلت له لعل كلام أبى محمد اذا وجب النذر فى حال الصحة وكلام ابن مناس اذا وجب فى حال المرض فتتفق القولان فصوب ذلك ومن المنتقى من تصدق فى مرضه بصدقة عن رجل بتلهاله فقال مالك هى مقدمة على سائر الوصايا قال ابن دينار وتقدم أيضا على الوصية بعتق معين اذله أن يرجع عن العتق قال سحنون وسواء كانت العطية قبل وصية العتق أو بعده (الا الضرورة فيتحاصان كعتق لم يعين ومعين غيره وجزئه) الاضطراب فى هذه الفروع كثير وعبارة ابن رشد ثم بعد هذه الخمسة الموصى بعتقه الى سنة ثم الموصى بعتقه الى سنتين والموصى بكتابته لا يبدأ أحدهما على صاحبه ثم ذكر الخلاف ثم قال ثم الوصية بالعتق بغير عينه و بالمال و بالحج قيل ان هذه الثلاثة كلها سواء ان قيل يبدأ العتق على الحج ويتحاص مع المال والقولان لمالك فى المدونة ثم قال وسواء كانت الوصية بالمال جزأ أو عددا فان اجتمعتا جميعا الوصية بالعدد والجزء فقيل انهما سواء يتحاصان وقيل يبدأ الجزء وقيل يبدأ العدد وهذا الاختلاف موجود لابن القاسم ومالك ومعناه فى الضرورة وأما فى حجة التطوع فلم يختلف قولهما فى ان العتق يبدأ عليهما ولا فى ان الحج لا يبدأ على المال واختلف قول ابن القاسم هل يبدأ المال على الحج أو يتحاصان والقياس على مذهب مالك ان الوصية بالعتق بغير عينه و بالمال يبدآن على الوصية بحجة الاسلام لانه لا يرى ان يحج أحد عن أحد فلا قربة فى ذلك على أصل قوله انتهى ماينبغى تقريره بالنسبة للفتيا فانظره مع خليل (وللمريض شراء من يعتق عليه

ذلك ثلثه تحاصا فى الثلث ولم يبدأ الحبس المبتل فى المرض على الوصية بالمال وهذا أصل اختلف فيه قول مالك فيمن بتل عتق عبد له فى مرضه وأوصى بعتق عبد له آخر فروى ابن القاسم وابن وهب عن مالك المبتل فى المرض يبدأ على الموصى بعتقه أخذ بذلك ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم وابن دينار واياه اختار ابن المواز فعلى هذا لا يجوز للمريض تغيير ماحبسه فى مرضه ولا بتل عتقه فيه وروى أشهب عن مالك انهما يتحاصان المبتل فى المرض والموصى بعتقه فيه قال ابن المواز وقد نقل لى بعض أصحاب مالك ان مالكا رحمه الله رجع الى هذا القول وعليه لقى الله عز وجل فقوله فى هذه الرواية ان له ان يغير حبسه الذى حبسه فى مرضه يأتى على قول مالك هذا الذى رجع اليه من انهما يتحاصان ولا يبدأ المبتل فى المرض على الموصى بعتقه انتهى فالمقصود من كلامه قوله فعلى قياس هذا أن من مات من مرضه قبل ان يغير حبسه الى قوله على الوصية بالمال ص ﴿ ثم الموصى بكتابته والمعتق لأجل بعيد والمعتق بمال ﴾ ش يعنى ان العبد الموصى بكتابته ولم يعجلها والموصى بعتقه على مال ولم يعجله والمعتق الى أجل بعيد كعشر سنين وقوله ثم لسنة على الا كثر يعنى وأما العتق لسنة فيقدم على المعتق لأ كثر منها ومامعه وكانت الواو هنا أولى من ثم ويشير الى مانقل فى التوضيح عن عبد الحق وقدم عبد الحق المعتق الى سنة على المكاتب وجعل المكاتب يتحاص مع المعتق الى أجل بعيد كعشر سنين ومع المعتق على مال فلم يعجله انتهى وبهذا يستقيم كلام المؤلف والله أعلم ص ﴿ ثم عتق لم يعين ثم حج ﴾ ش يعنى أن العتق غير المعين يلى ماتقدم و يقدم على الحج ثم الحج بعد ذلك ص ﴿ الا الضرورة فيتحاصان ﴾ ش أى الا ان يكون الحج عن ضرورة فانه يكون بمنزلة العتق غير المعين ص ﴿ كعتق لم يعين ومعين غيره وجزئه ﴾ ش كما ان العتق غير المعين يكون مع الحج الضرورة فى رتبة واحدة و يتحاصان كذلك يكون العتق غير المعين مع معين غير العتق قال فى التوضيح والمراد به العدد المسمى كعشرة دنانير ونحوها انتهى وكذلك العبد والدابة والثوب

بثلثه و يرث) من المدونة من اشترى ابنه فى مرضه جاز ان حمله الثلث وعتق وورث المال محمد وان اشتراه باكثر من ثلثه عتق منه محمل الثلث ولم يرثه وفى سماع ابن القاسم فان كان الورثة ممن يعتق عليهم عتق مابقى ابن عرفة فان اشترى أباه بماله كله وورثه ممن يعتق عليهم جاز شراؤه وعتق عليهم أنظر لو اشتراه بثلث ماله هل يرثه (لاان أوصى بشراء أبيه وعتقه) من المدونة ان أوصى أن يشترى أبوه بعد موته اشترى وعتق فى ثلثه وان لم يقل اعتقوا* ابن يونس يريد وكذلك كل من يعتق عليه اذا أوصى بشرائه (وقدم الابن على غيره) من المدونة اذا أعتق عبدا له فى مرضه واشترى ابنه وقيمته الثلث فالابن مبدأ ويرثه

والكتاب ونحوهامع جزءأى جزء غيرالمعين كربع المال وسدسه ونحوذلك فى رتبة واحدة فيتحاصان ولا يتقدم أحدهما على الآخر فيتحصل من كلامه ان العتق غير المعين وحج ومعين غير العتق كعشرة دنانير ونحوها وجزء غير العتق كربع المال وثلثه فى رتبة واحدة وان حج غير الصرورة بعد ذلك والله أعلم (تنبيه) ماذكره من ان معين غير العتق كالدابة والثوب ونحوهما والعدد المسمى كالعشرة ونحوها هو والجزء كسدس المال وربعه وثلثه فى رتبة واحدة وهو مذهب المدونة وقال ابن رشد فى رسم الوصايا من سماع أشهب هو المشهور وقيل ان التسمية مبدأة على الجزء وقيل الجزء مبدأ قال وذلك اذا أبهم التسمية ولم يقل انها من الثلث فان قال ذلك فلا خلاف أنها مبدأة انتهى بالمعنى وماذكره من نفى الخلاف فشكل فقد ذكر فى النوادر عن المجموعة وكتاب ابن المواز فيمن قال لفلان ثلثى ولفلان من ثلثى عشرة أولم يقل وبه قال ابن القاسم عن مالك يبدأ بالتسمية اذا قال من ثلثى وان لم يقل من ثلثى فيتحاصان ثم رجع مالك فقال يتحاصان قال من ثلثى أولم يقل وبه قال ابن القاسم انتهى من الثالث من الوصايا والله أعلم (تنبيه) قد تقدم انه اذا نص الميت على تبدئة شئ مماذكر الان غيره مبدأ عليه وهو واياه فى رتبة واحدة فانه يبدأ ما أوصى به الميت اذا علم ذلك فقد ذكر فى نوازل أصبغ انه اذا أوصى لفلان بثلثه ولفلان بعدد مسمى ثم قال فى صاحب الثلث أو فى صاحب العدد المسمى انه لا ينقص انه يبدأ دون الآخر وقبله ابن رشد ولم يذكر فيه خلافا فانظره وأما لفظ جميع فالظاهر انها لا تفيد التبدئة فقد قال فى المدونة فيمن أوصى لانسان بثلثه ثم أوصى لآخر بجميع ماله أن الثلث يقسم بينهما على أربعة للموصى له بالثلث ربع وثلاثة أرباعه للموصى له بجميع المال والله أعلم (فرع) لو أعتق أحد عبيده فى صحته ولم يعينه حتى مرض فقال عينت هذا صدق وعتق فى جميع المال الا ان تكون قيمته أكثر من قيمة الآخر فيكون الفضل فى الثلث قاله فى العتق الاول من المدونة أبو الحسن قال بعض فقهائنا وتكون هذه الزيادة مبدأة على الوصايا وعلى العتق والزكاة التى فرط فيها ويحتمل أن تكون مبدأة على مدبر الصحة لأنه أمر عقده فى الصحة وانما جعلت الفضلة فى الثلث للتهمة وغيره يراه من رأس المال ويحتمل ان يبدأ مدبر الصحة عليها ان كان التدبير قبل أن يقول أحد عبيدى حر انتهى والله أعلم ص ﴿ بثلثه ﴾ ش احترز بقوله بثلثه مما اذا اشترى بأكثر من الثلث ابن عرفة وفيها من اشترى ابنه فى مرضه جاز ان حمله الثلث الصقلى قال محمد ان اشترى بأكثر من ثلثه وعتق وورث باقى المال ان انفرد وحصته مع غيره وان عتق مع ذلك عبده بدأ بالابن وورثه ان حمله الثلث الصقلى قال محمد ان اشتراه بأكثر من ثلثه عتق منه محمل الثلث ولم يرثه وفى سماع ابن القاسم مثله وفيه ان لم يحمله الثلث عتق منه محمله ورق مابقى للورثة فان كان الورثة ممن يعتق عليهم عتق مابقى عليهم (قلت) فان اشترى أباه بماله كله وورثه ممن يعتق عليهم جاز شراؤه وعتق عليهم انتهى فى التوضيح فى أول كلامه وأثنائه وآخره وكأنه هو المعتمد من الخلاف لتصدير ابن عرفة به ويلزم عليه جواز شراء المريض من يعتق على وارثه بماله كله وهو ظاهر لأن له التصرف فى ماله بالمعاوضة فتأمله والله أعلم وقال فى الجواهر اذا ملك قريبه فى مرض الموت بالارث عتق عليه من رأس ماله وان ملكه بالشراء عتق من ثلثه وحكم الابن فى ذلك حكم غيره وان ملكه بقبول وصية أوهبة فهو كملكه بالبيع ثم اذا عتق من رأس المال أو من ثلثه ورث وقال أصبغ لا يعتق بحال انتهى ص ﴿ وقدم الابن على غيره ﴾ ش هو كقول ابن الحاجب فان كان معه غيره قدم

(وان أوصى بمنفعة معين أو بمال ليس فيها أو بعتق عبده بعد موته بشهر ولا يحمل الثلث خير الوارث أن يجيز أو يخلع ثلث الجميع) أما اذا أوصى بمنفعة معين ففى المدونة من أوصى لرجل بخدمة عبده سنة وسكنى داره سنة وليس له مال غير ما أوصى به فيه أوله مال لا يخرج ما أوصى به من ثلثه خير الورثة فى اجازة ذلك أو القطع بثلث الميت من كل شئ للموصى له وفى الموطأ قال مالك من قال لفلان كذا وكذا وسمى مالا من ماله يزيد على ثلثه فان الوارث يخير فى اعطاء الوصايا وصاياهم وأخذ جميع مال الميت وفى اسلام ثلث الميت لهم بالغا ما بلغ أبو عمر هذه المسئلة تدعى خلع الثلث وأما مسئلة من أوصى بما ليس فيها فقد تقدم عند قوله وبشاة قول الموازية ان أوصى بشاة ولا غنم له فله قيمة شاة وما حمل الثلث وأما مسئلة من أوصى بعتق عبده بعد موته بشهر ففى المدونة ان قال اعتقوا عبدى بعد موتى بشهر وقال هو حر بعد موتى بشهر فان لم يحمله الثلث خير الورثة بين أن يجيزوا أو يعتقوالان منه محمل الثلث بتلا فان أجازوا الوصية خدمهم تمام الشهر ثم خرج حرا

الابن قال فى التوضيح يحتمل ان يريد فان اشترى مع الابن غيره ممن يعتق عليه بدئ الابن وعلى هذا مشاه ابن عبد السلام ويحتمل ان يريد فان كان مع الابن معتق غيره كما لو أعتق عبداله فى مرضه واشترى ابنه فاعتقه وقيمته الثلث قال فى المدونة فالابن مبدأ ويرثه كما لو اشتراه صحيحا وهذا الحمل الثانى أرجح لأن المسئلة كذلك فى المدونة والجواهر وتمشية ابن عبد السلام أظهر من جهة اللفظ لكن النقل لا يساعدها على اطلاقها لأنه ان كان واحدا بعد واحد فانه يبدأ بالاول وان كان صفقة فقال أشهب على قياس قول مالك لا يتحاصون وفى قوله بدئ الابن فأعتقه ان كان أكثر من الثلث وورثه ابن يونس يريد على مذهبه الذى يرى ان يشترى بجميع المال ان لم يكن معه وارث انتهى فتعين ان يحمل كلام المؤلف هنا على التمشية الموافقة للمدونة والله أعلم ص ﴿ وان أوصى بمنفعة معين الى قوله ثلث الجميع ﴾ ش أخذ المؤلف رحمه الله يتكلم على بعض مسائل من خلع الثلث فذكر ثلاثة مسائل الاولى اذا أوصى بمنفعة معين كما لو أوصى بخدمة عبد أو سكنى دار فان الحكم فى ذلك ان ينظر الى ذلك المعين الموصى بمنفعته فان حمله الثلث نفذت الوصية وان كان الثلث لا يحمل قيمة ذلك المعين الموصى بمنفعته فانه يخير الورثة بين ان يجيز واما أوصى به الميت أو يخلع ثلث جميع ما ترك الميت من ذلك المعين وغيره قال فى المدونة فى كتاب الوصايا الاول ومن أوصى لرجل بخدمة عبده أو سكنى داره سنة جعل فى الثلث قيمة الرقاب زاد فى الامهات أنه اذا قومت الخدمة فان حملها الثلث نفذت الوصايا وان لم يحمل خير الورثة فى اجازة ذلك أو القطع للموصى له بثلث الميت من كل ما ترك بتلا والوصية فى العبد بالخدمة أو بالغلة سواء قال أبو الحسن جعل فى الثلث قيمة الرقاب زاد فى الامهات لأنى اذا قدمت الخدمة والسكنى حبست الدار والعبد على أربابهما وهم قد يحتاجون الى البيع ابن يونس احتجاجه بالبيع لا يصح فى الدار الجائز بيعها واستثناء سكناها سنة والمعروف من قول مالك وابن القاسم ان يجعل الثلث فى الرقاب وان كانوا قادر ين على البيع للاستثناء وان لهم حقا فى تعجيل الانتفاع بالرقاب ابن يونس وانما جعلت الرقاب فى الثلث مع امكان رجوع ذلك للورثة لأنه قد يموت وتهدم الدار انتهى واحترز بقوله منفعة مما اذا أوصى له بمعين كعبد أو دابة أو دار ان لم يحمله الثلث قال فى المدونة فان قول مالك اختلف فى هذه المسئلة فقال مرة مثل ما تقدم وقال مرة يخيرون بين الاجازة وبين ان يقطعوا له بمبلغ ثلث جميع التركة فى ذلك الشئ بعينه قال وهذا أحب الى انتهى قال ابن عبد السلام وهذا هو المشهور أعنى التفرقة بين الوصية بالمنافع وبالمعين والله أعلم ص ﴿ أو بما ليس فيها ﴾ ش أشار به الى المسئلة الثانية ويعنى بما ليس فى التركة يريد سواء كان يحمله الثلث أم لا قاله ابن عبد السلام وسواء كان عينا أو عرضا على خلاف فى هذا الا ان هذا قول مالك وابن القاسم واقتصر عليه ابن الحاجب قاله ابن عبد السلام والحكم فى ذلك ان الورثة يخيرون بين الاجازة فيشترون للموصى له ذلك الشئ الموصى به أو يدفعوا له ثلث جميع التركة والله أعلم ثم أشار الى المسئلة الثالثة بقوله ص ﴿ أو يعتق عبده بعد موته بشهر ﴾ ش وتصورها ظاهر من كلام الشارح ص ﴿ ولا يحمل الثلث ﴾ ش هذا شرط فى المسئلة الاولى والثالثة دون الثانية فاعلمه والله أعلم ص ﴿ خير الوارث بين أن يجيز أو يخلع ثلث الجميع ﴾ ش هذا ظاهر فى المسئلة الاولى والثانية وأما فى المسئلة الثالثة فانما يخير الوارث فى اجازة الوصية أو القطع بمبلغ الثلث فى العبد نفسه على المشهور كما تقدم فى مسئلة الوصية بمعين والله أعلم ومسائل هذا الباب كثيرة وفى الوصايا من المدونة منها

(بنصيب ابنه أو مثله فبالجميع) الباجي من أوصى لرجل بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فقد أوصى له بجميع المال ولو كان له ابنان فقد أوصى له بالنصف على هذا الحساب ثم قال ومن أوصى لرجل بمثل نصيب لاحد بنيه فقال مالك ان كانوا ثلاثة فله الثلث وان كانوا أربعة فله الربع وان كان مع البنين ورثة غيرهم عزلت مواريثهم فقسم مايصيب البنين عليهم ويكون له مثل نصيب أحدهم وعبارة ابن شاس ان قال أوصيت له بمثل نصيب ابني وله ابن واحد فهي وصية بجميع المال (لا اجعلوه وارثا أو الحقوه به فزائد) ابن الحاجب في اجعلوه وارثا مع ولدي أو الحقوه بولدي

فقدر زائد باتفاق (أو بنصيب أحد ورثته فبجزء من عدد رؤسهم) من المدونة قال مالك من أوصى لرجل بمثل نصيب لاحد ورثته وترك رجالا ونساء فليقسم المال على عدد رؤسهم الذكر والانثى فيه سواء ثم يؤخذ حظ واحد منهم فيعطى له ثم يقسم مابقي بين ورثته (و بجزء أو سهم فبسهم من فريضته) سمع عيسى ابن القاسم من مات وقد قال لفلان جزء من مالي أو سهم منه أعطى من أصل فريضتهم سهما ان كانت من ستة فسهم منها وان كانت من أربعة وعشرين فسهم منها وان كان ورثته ولده فان ترك ذكرا وأنثى فله الثلث وان ترك ذكرا وأنثيين فله الربع وان لم يكن له وارث فسهم من ستة وقال أشهب له سهم من ثمانية ابن رشد قول أشهب أظهر ابن يونس وان لم يترك الا ابنة أو من لا يحوز الميراث فان له سهما من ثمانية لانه أقل سهم سماه الله لاهل الفرائض (وفي كون ضعفه مثله أو مثليه تردد) ابن شاس من أوصى بضعف نصيب ولده فقال القاضي أبو الحسن لست أعرف حكم هذه المسئلة منصوصا غير اني وجدت لبعض شيوخنا انه يعطى مثل نصيب ولده مرة واحدة وعن الشافعي وأبي حنيفة ان ضعف النصيب مثله مرتين قال القاضي أبو الحسن وهذا في نفسي أقوى من جهة اللغة (و بمنافع عبد ورثت عن الموصى له) من المدونة من قال وهبت خدمة عبدي لفلان ثم مات فلان فلورثته خدمة العبد مابقي الأجل يستدل من قوله انه أراد حياة المخدم ابن يونس قال بعض أصحابنا قول ابن

جمله والله الموفق ص ﴿ و بنصيب ابنه الى قوله فزائد ﴾ ش تصوره ظاهر (فروع * الاول) قال ابن عبد السلام المعتبر فيما ذكرنا من عدد الولد من كان موجودا يوم موت الموصي ولا ينظر الى من زاد فيهم بعد الوصية ولا من مات رواه أشهب عن مالك انتهى ونقله في التوضيح (الثاني) منها أيضا أن من أوصى بمثل نصيب ولده ولا ولد له وجعل يطلب الولد فمات ولم يولد فلا شيء للموصى له انتهى (الثالث) قال في التوضيح واختلف اذا أوصى بمثل أحد نصيب بنيه وترك نساء ورجالا على أربعة أقوال الاول قول مالك يقسم المال على عدد رؤسهم الذكر والانثى فيه سواء و يعطى حظ واحد منهم ثم يقسم مابقي على فرائض الله تعالى لكن انما فرض المسئلة في المدونة فيما اذا قال له نصيب أحد ورثتي الثاني انه رجل من ولده الثالث أنه يزاد سهمه على السهام ويكون له وقال ابن زياد يكون له نصف نصيب ذكر ونصف نصيب أنثى هكذا حصل ابن زرقون انتهى ويكون الاول هو المعتمد لكونه مذهب المدونة الرابع اذا كان أولاده اناثا كلهم كان لهن الثلثان ثم نظر الى عددهن فان كن أربعا أعطين ربع الثلثين وان كن ثلاثا أعطين ثلث الثلثين وان كن اثنتين أعطين نصف الثلثين وان كانت واحدة أعطيت نصف المال ان أجازه الورثة والا فله ثلث المال نقله ابن عرفة عن ابن يونس عن كتاب محمد والله أعلم ص ﴿ أو بنصيب أحد ورثته فبجزء من عدد رؤسهم ﴾ ش قال ابن عبد السلام ولا يلتفت الى قسمة هؤلاء الورثة كيف كانت بالسوية أو مختلفة فيعطى الموصى له جزءا بنسبته الى التركة نسبة الواحد الى عدد رؤسهم انتهى وفيها خلاف والله أعلم ص ﴿ و بجزء أو سهم فبسهم من فريضته ﴾ ش أي اذا كانت من ستة فله سهم من ستة وان كانت من ثمانية فله سهم منها أو من أربعة وعشرين فبسهم منها وان كان ورثته أولادا رجالا وابنة أعطى سهما من ثلاثة وان كان رجل وامرأتان فسهم من أربعة وعلى هذا كذا فسر به عيسى في سماعه نقله ابن عرفة وما ذكره المؤلف هو المشهور وعليه فلو كان أصلها من ستة وتعول الى عشرة فله سهم من عشرة انتهى من التوضيح وفي المسئلة خلاف فقيل له الثمن لانه أقل سهم ذكره الله وقيل له السدس لانه أقل سهم والثمن انما يستحق بالحجب (فرع) فان لم يكن له وارث فقال أشهب سهم من ثمانية وقال ابن القاسم سهم من ستة قال ابن عرفة قال ابن رشد الاظهر قول أشهب وقال ابن عبد السلام الاقرب بعد تسليم أهل المذهب قول أشهب وقول الشافعي عندي قوي انتهى والشافعي يقول يدفع له الورثة ماشاؤا كذا نقل هو عنهم ص ﴿ وفي كون ضعفه مثله أو مثليه تردد ﴾ ش يعني لو أوصى له بضعف نصيب ولده فهل للموصى له مثل نصيب ولده مرة واحدة أو مثلاه لا نص

القاسم جيد وليس كهبة الرقبة لانه بين قصد هبته على الخدمة فقط دون مال يموت العبد عنه أو أرش جناية عليه فقد أبقاها السيد لنفسه وقال ابن شاس الوصية بمنافع عبد صحيحة حتى اذا مات الموصى له ورث عنه الآن يظهر انه أراد حياة المخدم ونفقة هذا العبد على الموصى له ولا يملك الوارث بيعه ان أوصى بخدمته أبدا وان كان مؤقتا بزمن محدود فهو كبيع المستأجر لا يجوز الا فى الزمن اليسير فان قتل العبد عبدا فللوارث استيفاء القصاص ويحط حق الموصى له وكذلك ان رجع الى القيمة فان الوارث يختص به وان جناها وتعلق الارش برقبته فان أسلمه للورثة بطل حق الموصى له وان فدوه استمر حقه (وان حددها بزمن فكالمستأجر) تقدم ما لابن شاس ومن المدونة من أوصى لك بخدمة العبد عشر سنين فاكريته فيها جاز كمن آجر عبده عشر سنين وهذا خلاف المخدم حياته لأنه اذا مات المخدم سقطت الخدمة والمؤجل يلزم باقيها لورثة الميت وللرجل أن يؤاجر ما أوصى له من سكنى أو خدمة عبد الآن يعلم انه أراد به ناحية الحضانة (فان قتل فللوارث القصاص أو القيمة كان جنى) تقدم نص ابن شاس بهذا (الا أن يفديه المخدم أو الوارث فتستمر) تقدم نص ابن شاس ومن المدونة من أخدم عبده رجلا سنين معلومة أو حياة الرجل فجنى العبد خير سيده فان فداه بقى فى خدمته وان أسلمه خير المخدم فان فداه أخدمه فاذا تمت خدمته فان دفع اليه سيده ما فداه به أخذه والا أسلمه رقا (وهى ومدبر ان كان بمرض فى المعلوم) من المدونة الوصية لا تدخل الا فيما علم به الميت ابن حارث وكذلك يتفق على المدبر فى المرض انه كذلك لا يدخل الا فيما علم به الميت قال فى المدونة وأما المدبر فى الصحة فيدخل فيما علم به الميت وفيما لم يعلم به (ودخلت فيه وفى العمرى) قال ابن شاس تدخل الوصية فيما كان يعلمه الميت مثل المدبر فى المرض وكل دار ترجع بعد موته من عمرى أو حبس هو من ناحية التعمير فالوصايا تدخل فى هذا كله ويرجع فيه من انتقض من وصيته ولو بعد عشرين سنة وكذلك ما رجع بعد عتقه من عبد أبق ونحوه ومن المدونة كل ما يرجع بعد موته من عمرى فان الوصايا تدخل فيه وان بعد عشرين سنة وسيأتى ان من أقر فى مرضه انه كان أعتق عبده فى صحته ان

عن مالك وأصحابه المتقدمين وتردد فى ذلك المتأخرون فقال بعض شيوخ ابن القصار ومثله مرة واحدة وان قال ضعفيه فمثل نصيبه مرتين وقال ابن القصار حكى عن أبى حنيفة والشافعى انهما يقولان ضعف النصف مثله مرتين وهو أقوى من جهة اللغة انتهى قال فى التوضيح وفيه نظر وفى الجوهرى وضعف الشئ مثله وضعفاه مثلاه وأضعافه أمثاله نعم هو أقرب من جهة العرف وانظر كيف عده المصنف قولا وانما أشار ابن القصار الى قوته من حيث اللغة انتهى كلام التوضيح (قلت) ويقال مثله فى كلامه بل يقال قد تبين بما نقله المصنف عن الجوهرى انه ليس أقوى من جهة اللغة وان الموافق للغة هو الاول وانما يوافق العرف فتأمله والله أعلم ص ﴿ وهى ومدبر ان كان بمرض فى المعلوم ﴾ ش تصوره واضح (فرع) فان ادعى أهل الوصايا ان الميت علم به وأنكره فى المرض حلف الورثة ما يعلمون ان الميت علم به ولم تدخل الوصايا فيه وان نكلوا حلف الموصى لهم ودخلت الوصايا فيه انتهى من شرح ابن الحاجب لابن فرحون ص ﴿ ودخلت فيه ﴾ ش يعنى ان الوصايا تدخل فى المدبر فى المرض اذا بطل بعضه هكذا قال المصنف رحمه الله فى توضيحه وحمل عليه كلام ابن الحاجب وغيره فى ذلك كلام صاحب الجواهر والذى يظهر ان هذا لا يتصور لأن المدبر فى المرض يتقدم عليه أشياء مما يخرج من الثلث كفك الاسير ومدبر الصحة وصداق المريض والزكاة التى فرط فيها وأوصى بها ومتى ذكر مع ذلك ويتقدم على أشياء كالعبد الموصى بعتقه والوصية بالمال وما مع ذلك ويشاركه فى رتبته المبتل فى المرض فاذا فرض ضيق الثلث فان كان ما يتقدم عليه قدم فان استغرق ذلك الثلث بطل التدبير الذى فى المرض وبطلت الوصايا كلها ولا اشكال فى ذلك وان كان مع المدبر فى المرض ما يتقدم هو عليه كالوصايا بالمال وان وسع الثلث المدبر فى المرض جميعه واستغرق ذلك الثلث نفذ عتق المدبر فى المرض وبطلت الوصايا وان لم يسع الثلث الا بعض المدبر نفذ منه ما وسعه الثلث ورجع الباقى رقيقا للورثة ولا يتصور دخول الوصايا فيه وكذلك ان كان معه ما هو فى رتبته وهو المبتل فى المرض فانهما يتحاصان فى الثلث فيعتق من كل واحد منهما قدر ما حمله الثلث ولا يتصور دخول الوصايا فى ذلك وما ذكره المصنف عن صاحب الجواهر هو كذلك فى الجواهر ونقله عن كتاب ابن المواز والمجموعة لكن الذى ذكره فى الجواهر عن الكتابين المذكورين ذكره الشيخ ابن أبى زيد فى النوادر عنهما وليس فيه ذكر فى المرض ولم أقف عليه الا فى كلام صاحب الجواهر وهو مشكل فالصواب تركه والله أعلم ص ﴿ وفى العمرى ﴾

الوصية لاتدخل فيه (وفي سفينة أو عبد شهر تلفهما ثم ظهرت السلامة قولان) ابن عرفة اختلف اذا قيل له غرقت سفينتك وأيس منها ثم جاءت سالمة فروى محمد لاتدخل فيها وصاياه وقال تدخل فيها ولا يشبه مالم يعلم به وقال ابن الحاجب في العبد الآبق والبعير الشارد ان اشتهر موتهما ثم ظهرت السلامة قولان وذكرهما ابن شاس روايتين أنظر ابن عرفة (لا في ما أقر به في مرضه أو أوصى به لوارث) في كتاب محمد والمجموعة لايدخل وصايا الميت فيما بطل فيه اقراره في مرضه لوارث أو ما أقر به في مرضه انه كان أعتقه في صحته أو تصدق به أو أوصى به لوارث فرده الورثة وكذلك في سماع عيسى في الذي يقول عند موته قد كنت أعتقت أو تصدقت فان قال فانفذوا ذلك فيكون ذلك في الثلث فان لم يقل فانفذوا ذلك فليس بشئ وهو ميراث ولا يدخل فيه الوصايا قال في المدونة فان قال انه فعل ذلك في مرضه فذلك من الثلث وان لم يقل أنفذوه (وان ثبت ان عقدها خطه أو قرأها ولم يشهد أو لم يقل أنفذوها لم تنفذ) الباجي من كتب وصيته بخط يده فوجدت في تركته وعرف انها خطه بشهادة عدلين فلا يثبت شئ منها حتى يشهد عليها وقد يكتب ولا يعزم ورواه ابن القاسم عن مالك قال أشهب ولو قرأها ولم يأمرهم بالشهادة فليس بشئ حتى يقول انها وصيتي وان مافيها حق وان لم يقرأها وكذلك لو قرأها ومالو أشهد انها وصيتك فقال نعم أو قال برأسه نعم ولم يتكلم فذلك جائز قال مالك وان لم يقرأها عليهم فليشهدوا انها وصية أشهد على مافيها ووجه ذلك انه اذا كانت الوصية منشورة ير واجميعها مكتوبا ثم نظر الى تقييد الشهادة في آخرها عليه فليشهدوا وليس عليهم قراءة الوصية فقد يريد التستر عنهم بما فيها وقد يطول عقد الوصية فيشق على كل شاهد ان لم يقرأها مع غناه عن ذلك لانه انما يشهد على الموصى بما أشهده فان كان مما يجوز انفاذه أنفذ وان كان مما لا يجوز انفاذه رد ولا شئ على الشاهد في ذلك وكذلك سائر العقود والسجلات الا أن يكون من الاسترعاآت التي تتقيد على علم الشاهد فهذا يلزمه أن يقرأ جميع ذلك ويتفهمه لانه يخبر عن جميعه انه في علمه وعلى ذلك يكتب شهادته فيلزمه أن يتصفحه ليعلم جميعه في علمه ومما يصح أن يشهد به من كتب وصيته وختم عليها وقال للشهود اشهدوا على بما فيها فكتبوا اشهادتهم ثم مات فقال مالك ان لم يشك الشاهد في الطابع فليشهدا جوز عندي شهادة الذي الوصية في يده انتهى ومن ابن يونس لم يجعل قراءتها عليهم بنفسه مما ينفذها حتى يقول اشهدوا على بما فيها ومن المدونة من قال كتبت وصيتي وجعلتها عند فلان فانفذوها وصدقوه صدق ونفذ مافيها (وندب فيها تقديم التشهد) من المدونة من كتب وصيته فليقدم ذكر التشهد قبل ذكر للوصية قال مالك واني لاراه حسنا (ولزم الشهادة وان لم يقرؤه ولا فتح وتنفذ) تقدم ما للباجي وسمع أشهب من أتاه أخ له بكتاب وصيته طبع عليها فقال له أكتب شهادتك باسفله على اقراري انه كتابي ولا يعلم الشاهد مافيها فيكتب شهادته في أسفلها على اقراره انها وصيته فيشهد بها قال ان لم يشك في خاتمه انه خاتمه فليشهدوا وان شك فلا يشهد (ولو كانت عنده) تقدم قول مالك وأجوز عندي شهادة الذي الوصية عنده في يديه وقال عياض ظاهر رواية ابن وهب جاز أن يشهدوا بما فيها بعد موته ان الوصية بقيت فان كان كذلك فهو وفاق للمدونة أنظر التنبيهات (وان أشهد بما فيها وما بقي فلفلان ثم مات ففتحت فاذا فيها وما بقي فللمساكين قسم بينهما) قال ابن وهب في امرأة قالت لشهود هذه وصيتي وهي مطبوعة اشهدوا على ما فيها لي وعلي وأسندتها الى عمتي وما بقي من ثلثي فلعمتي وماتت ففتح الكتاب فاذا فيها ما بقي من ثلثي فلليتامى والمساكين والارامل فانه يقسم بقية الثلث بين العمة والاصناف الآخرين نصفين بمنزلة رجلين وقاله ابن القاسم ابن رشد هذا على قول ابن القاسم ان من أوصى بشئ لرجل ثم أوصى به لآخر يقتسمانه بينهما ولا تكون وصيته الثانية ناسخة للاولى (وكتبتها عند فلان فصدقوه أو أوصيت له بثلثي فصدقوه يصدق وان لم يقل لابني) من المدونة من قال كتبت وصيتي وجعلتها عند فلان فانفذوها وصدقوه صدق مافيها ونفذ ابن رشد وان لم يشهد في الكتاب ولو لم يكن أيضا فلان عدلا فان قال الموصى له انما أوصى لابني فقال ابن القاسم لا يصدق لقول مالك من قال اجعل ثلثي حيث تراه ان أعطاه لولد نفسه أو قرابته لم يجز وقال ابن رشد من جعل تنفيذ وصيته لرجل وشرط أن لا يتعقب عليه شئ فشرط الموصى نافذ لا يجوز لحاكم أن يتعقب شيئا من ذلك ولا ينظر فيه سواء كان المتولي لذلك وارثا أو أجنبيا لكن ان كان المتولي لذلك وارثا فان للورثة أن يقوموا في ذلك مخافة أن يأخذ ذلك لنفسه فتكون وصية لوارث وكذلك ان كان يبقى لهم في ذلك منفعة كالعتق فلهم القيام سواء

ش أنظر مسائل الحبس من ابن سهل فان فيه مسائل يتصور فيها دخول الوصايا في الحبس
ص ﴿ وأوصيته بثلثي فصدقوه يصدق ان لم يقل لابني ﴾ ش تصوره ظاهر من كلام الشارح
(مسئلة) قال في معين الحكام في باب الوصايا اذا شهد شاهدان على وصية أحدهما الذي جعل له

الوصية ينظر فيها فان استعفى هذا الشاهد منها وامتنع من قبولها جازت شهادته ثم ان رأى القاضى بعد ذلك اعادته الى النظر أعاده انتهى وقوله أحدهما الذى جعل له الوصية ينظر فيها يعنى واحد الشاهدين على الوصية هو من أسند اليه النظر فيها ص ﴿ ووصي فقط يعم ﴾ ش قال فى المدونة ومن قال أشهدوا ان فلانا وصي ولم يزد على هذا فهو وصيه فى جميع الاشياء وأبكار صغار بنيه ومن بلغ من أبكار بناته باذنهن والثيب باذنها انتهى قال المشذالى ظاهره دخول الايصاء وفى الطراز اذا قال وصي مسجلا يعنى مطلقا وكان الى نظره محجور أجنبى انه لا يدخل تحت هذا اللفظ المشذالى ذكر ابن الهندى قولين أحدهما ماذكره صاحب الطراز انه لا يكون داخلا تحت لفظه الا اذا صرح بذلك والثانى انه يتناول الجميع الا اذا خصص ذلك بمال نفسه وولده وهذا الخلاف انما هو اذا أتى بلفظ عام كما تقدم وأما ان صرح بالوصيتين معا فلا اشكال ولا خلاف ثم يترتب على ذلك فرع وهو اذا قال الوصى الثانى أنا أقبل وصيتك ولا أقبل وصية الاول لأن فيها ديونا وتخليطا فقال ابن وهب فى سماع أصبغ له ذلك وقال أصبغ ليس له ذلك لان وصية الاول من وصية الثانى فان قبل بعضها لزمته كلها قال ابن رشد قول ابن وهب أظهر قال ابن يونس الذى أرى ان يقول له الامام اما ان تقبل الجميع أو تدع الجميع الا أن يرى أن يقره على ما قبل ويقيم من يلى وصية الاول انتهى وذكر أبو الحسن القولين أيضا عن ابن الهندى وقال فى النوادر وفى ترجمة الوصى يقبل بعض الوصية ومن العتبية روى أصبغ عن ابن وهب فيمن أوصى الى رجل بوصية وبما كان وصيا عليه فقبل وصيته فى نفسه ولم يقبل ما كان وصيا عليه فان ذلك له ويوكل القاضى من يلى الأمر الاول وقال أصبغ اما قبل الجميع أو ترك الجميع وان قبل البعض فهو قبول للجميع وقال فيها أيضا عن كتاب ابن المواز ولو أوصى الى ميت ولم يعلم لم يكن وصيه له وصيا انتهى وقال فى مفيد الحكام وللوصى ان يوصى الى غيره اذا لم يمنعه الوصى من ذلك ولا مقال للورثة فى ذلك ويقوم وصيه مقامه فى كل ما كان اليه من وصية غيره اذا أوصى بذلك وان مات ولم يوص بذلك تولى الحاكم النظر فى كل ما كان اليه وبيده ولم يجز له ان يهمله وفى وثائق الجزيرى واذا أوصى الوصى بماله وولده لم يكن وصيه وصيا على أمتاعه وقدم القاضى عليهم الا ان ينص على ذلك فى عهده انتهى

(فروع * الاول) اذا قال ان مت ففلان وكيلى فهذه وصية صرح بذلك فى نوازل سحنون فى كتاب الوصايا قال ابن رشد وهذا كما قال لان الوصى وكيل الميت فسواء قال فى وصيته فلان وصي أو ان مت ففلان وكيلى وكل وصى وكيل وليس كل وكيل وصيا انتهى (الثانى) اذا قال فلان وصي على أولادى فلان وفلان وله أولاد صغار غيرهم فهل الايصاء قاصر على من سمى أو يعم الجميع فيه تنازع بين الشيوخ قال ابن سهل فى أحكامه الكبرى فى أول كتاب الوصايا فى ترجمة الوصايا بالايتام وفى مسائل القاضى أبى بكر بن زرب قال فى رجل قال فى وصيته وله أولاد صغار قد جعلت النظر لولدى فلان وفلان الى فلان بن فلان وله أولاد غير الذى سمى انهم يدخلون فى الايصاء وان لم يسمهم لانه لما قال ولدى دخل جميعهم فيه فقيل له كيف وقد سمى من أراد أن يولى عليهم قال لو أراد هذا لم يقل جعلت النظر لولدى فلان وفلان الى فلان بن فلان وانما كان يقول من ولدى قال وهذا كمن قال عبيدى أحرار فلان وفلان وسكت عن باقيهم فانهم يعتقون أجمعون من سمى منهم ومن لم يسم قال موسى نزلت هذه المسئلة فأفتى فيها بعض الشيوخ انه لا يعتق الا من سمى وغلط فيها وأخذ بفتياه شيخه وحكم به قال القاضى أعرف وقت نزولها قال ابن سهل

كان المتولي وارثا أم أجنبيا (ووصى فقط يعم) ابن شاس الباب الرابع من كتاب الوصايا فى الوصية وأركانها أربعة ثم قال الركن الرابع فى الصيغة كقوله أوصيت اليك أو ما يقوم مقام ذلك كقوله فوضت اليك أمر أولادى أو مالى ثم قال واطلاق لفظ الوصية يتناول نوعى الوصية وحقوقها جميعا ابن يونس قال ابن القاسم من قال اشهدوا أن فلانا وصي ولم يزد على هذا فهو وصى فى جميع الاشياء وانكاح صغار بنيه ومن بلغ من ابكار بناته باذنهن والثيب بامرها قال مالك واذا مات الوصى فاوصى الى غيره جاز ذلك وكان وصى الوصى مكان الوصى فى النكاح والبيع وغيره (وعلى كذا تخصص به) من المدونة ان قال فلان وصيي على كذا لشئ خصه فانما هو وصيه على ما سمى فقط (كوصيه حتى يقدم فلان) من المدونة اذا قال فلان وصيي حتى يقدم فلان فيكون القادم وصيا فذلك كله جائز ويكون كما قال ابن يونس وينبغى أن لو مات فلان قبل أن يقدم لكان هذا وصيا لأنه انما خلع هذا بقدوم هذا فتى لم يقدم فهو باق على الوصية

(أوالاأن تتزوج زوجتى) من المدونة من أسند وصيته الى أم ولده على أن لاتتزوج جاز فان تزوجت عزلت وانظر ان لم يشترط هذا قال ابن رشد اذا تزوجت الوصية فان جهل حالها جعل عليها مشرفا (وان زوج موصى على بيع تركته وقبض ديون صح) من المدونة قيل لمالك فلو قال فلان وصيي على قبض ديوني وبيع تركته ولم يوص اليه بأكثر من هذا هل له أن يزوج بناته فقال مالك لو فعل ذلك رجوت أن يكون مجزيا ولكن أحب الى أن يرفع ذلك الى السلطان فينظر السلطان فى ذلك (وانما يوصى على المحجور عليه أب أو وصيه) ابن شاس الركن الثانى الموصى وهل كل من كانت له ولاية على الطفل كالاب والوصى من المدونة تصح وصية الاب الى غيره بصغار بنيه وابكار بناته وان مات الوصى فاوصى الى غيره جاز ذلك وكان وصى الوصى مكان الوصى فى النكاح وغيره بخلاف مقدم القاضى (كام ان قل ولاولى) من المدونة للمرأة أن توصى فى مالها وانفاذ وصاياها وعلى قضاء دينها ولا يجوز ايصاؤها بمال ولدها الطفل الا أن تكون وصيا من أب والام يجز اذا كان المال كثيرا وينظر فيه الامام وان كان يسيرا نحو ستين دينارا فجائز اسنادها فيه الى العدل وذلك فيمن لا أب لهم (٣٨٩) ولا وصى ولا تجوز وصية الجد بولد الولد ولا أخ بأخ له صغير وان قل المال الا أن يكون وصيا بخلاف الام ابن فتوح وعقد الحضانة أما أو غيرها على الصغير جائز الا أن يزاد فى اجارته فتفسخ وعبارة ابن يونس وسئل مالك عن امرأة أوصت بتركتها لرجل ولها ولد صغير والذى تركت نحو خمسين دينارا فاجاز ذلك وخففه اذا كان الذى أوصت اليه عدلا قال ابن القاسم وان كانت تركة المرأة كثيرا لم يجز ذلك ونظر فيه الامام (وورث عنها) ابن عرفة كل هذا فيما صار للطفل بميراث واما ما أوصى به متطوع لصغير فله أن يقدم عليه من يرضيه وان كان للصغير أب أو وصى لانه متطوع ولا يكون لابى الصغير ولا لوصيه قبض ذلك لانها هبة من الموصى على صغير (لمكلف مسلم عدل كاف) ابن شاس الركن الاول الوصى وشروطه أربعة التكليف والاسلام والعدالة والكفاية ابن عرفة المراد بالعدالة فى هذا الفصل الستر لا الصفة المشترطة فى الشهادة عبد الوهاب قال مالك لا تجوز الوصية الى غير الامين والوديعة عند غير الامين جائزة والقصد من الكل الحفظ (وان أعمى) ابن شاس ولا يشترط نظر العين بل يجوز أن يسند الوصية الى الأعمى اذا كان على الشروط المذكورة (وامرأة) ابن شاس لا تشترط الذكورية فلو أوصى لزوجته أو غيرها ممن تصلح للوصية صحت الوصية اليها بل لو أوصى لمستولدة أو مدبرة لصحت الوصية اليها (وعبدا وتصرف باذن سيده) ابن شاس لا يشترط فى الموصى الحرية بل تجوز الوصية للعبد كان له أو لغيره وتصرف باذن مولاه (وان أراد الاكابر بيع موص اشترى للاصاغر) من المدونة من أسند وصيته الى مكاتبه أو عبده جاز ذلك فان كان فى الورثة أصاغر وأراد الاكابر بيع نصيبهم من العبد اشترى للاصاغر حصة الاكابر منهم ان كان لهم مال يحمل ذلك والا باع الاكابر حصتهم منه خاصة الا أن يضر ذلك بهم فيقضى على الاصاغر بالبيع معهم (وطرو الفسق يعزله) من المدونة أرأيت ان كان الوصى خبيثا أيعزل عن الوصية قال قال مالك نعم ابن عرفة ففى

وفى سماع أصبغ فى رسم القضاء المحضر من كتاب الصدقات مسئلة تشبه مسئلة القاضى هذه وهى من تصدق على رجل بميراثه فقال أشهدكم انى تصدقت على فلان بجميع ميراثى وهو كذا وكذا فى العين والبقر والرمك والرقيق والثياب والدور والبور الا الارض البيضاء فانها لى وفى تركة الميت جنان لم ينصها وغير ذلك قيل له هل يكون مانص وما لم ينص للمتصدق عليه الا ما استثنى أم ليس له الا مانص قال أصبغ له كل شئ الا ما استثنى اذا كان يعرفه والجنان داخلة فى الصدقة ان كان يعرفها لانه انما استثنى الارض البيضاء ولم يستثن الجنان فتدبر هذه الجملة فلولا استثناء المتصدق الارض البيضاء لكانت كمسئلة القاضى سواء انتهى وقال المشذالى فى كتاب الوصايا الاول وأما مسئلة الشيوخ المشهورة فأشار اليها ابن سهل فى أول الوصايا وذكر كلام ابن سهل المتقدم برمته بلفظه والله أعلم (الثالث) اذا أوصى بوصية وذكر فيها ان الوصى على أولاده فلان ثم أصى بوصية أخرى وغير ما كان أوصى به أولا الا انه لم يتعرض للوصى ولم يجعل وصيا على أولاده فى الوصية الثانية الا أنه قال ان هذه ناسخة لكل وصية قبلها قال ابن رشد لا يكون ذلك ناسخا لايصائه على أولاده ذكره فى نوازله ص ﴿الاأن تتزوج زوجتى﴾ ش قال ابن غازى أى فهى وصيتى ما دامت انتهى وما قاله اظهر مما حل به الشارح كلام المؤلف مسئلة فلو أوصى بشئ على شرط فلم يوف به الموصى فانه يرده قاله فى معين الحكام فى كتاب الوصايا لو أوصى لأم ولده على أن لا تتزوج بوصية فتوفى ونفذت الوصية لها ثم تزوجت فانها ترد ما أخذت انتهى ص ﴿وانما يوصى على المحجور عليه أب أو وصيه كأم ان قل ولا ولى ورث عنها﴾ ش قال ابن عرفة الموصى

ان كان بالنظر لمحجور اختص بالاب الرشيد والوصى والحاكم فيها مع غيرها صحة وصية الأب الى غيره بصغار بنيه وابكار بناته وأما ان مات الوصى فاوصى الى غيره جاز ذلك وكان وصى الوصى مكان الوصى فى النكاح وغيره بخلاف مقدم القاضى وقيل مثله وأخذ من قولها فى ارخاء الستور وان لم يكن لليتيم الطفل وصى فاقام له القاضى خليفة كان كالموصى فى جميع أموره وفيها لا تجوز وصية الجد بولد ولده ولا أخ بأخ له صغير وان لم يكن لهم أب ولا وصى وان قل المال بخلاف الأم اللخمى قال ابن القاسم فى كتاب القسم من أوصى لأخيه بمال وهو فى حجره لم يقاسم له ولم يبع وأجاز ذلك أشهب فى مدونته فعلى قوله تجوز وصيته بما يرث ان لم يكن له وصى وكل هذا فيما صار له من مال بميراث وما تطوع به الميت فالوصية به تجوز وأن يكون القابض ممن رضيه الميت وان كان للمولى عليه أب أو وصى فاذا قال يكون ذلك موقوفا على يدى فلان حتى يرشد أو قال يدفع الى المولى عليه يتسع به فى ملبس أو مطعم لم يكن لأبيه ولا لوصيه قبض ذلك ولا يحجر عليه فيه لانها هبة من الموصى على صفة وأجاز ابن القاسم للمتقط اللقيط أن يقاسم له ويقبض ما أوصى له به ومنعه فى الأخ وان كان فى حجره والأخ أولى لأنه جمع القيام والنسب وفيها لا يجوز ايصاء الأم بمال ولدها الصغير الا أن تكون وصية من قبل أبيه والا لم يجز اذا كان المال كثيرا وينظر فيه الامام وان كان يسيرا نحو الستين دينارا أجاز اسنادها فيه الى العدل فيمن لا أب له ولا وصى فيما تركته له وقال غيره لا يجوز لها أن توصى بمال ولدها قال ابن القاسم فى كتاب القسم واجازة مالك ذلك استحسان ليس بقياس وان كان الايصاء بغير ذلك من قضاء دين أو تفرقة ثلث جاز ذلك من كلام مالك انتهى كلام ابن عرفة بلفظه وقال فى كتاب القسم من المدونة اثر الكلام الذى نقله ابن عرفة عنها ولا يكون وصى العم والجد والأخ وصيا فى يسير مال ولا كثيره والام بخلافهم اذ لها اعتصار ما وهبت لولدها كالاب وليس للاخ والجد أن يعتصرا قيل فما يصنع بهذا المال الذى أوصوا به قال ينظر فيه السلطان ويحوزه على الصغير والغائب انتهى ونقله ابن يونس (تنبيهات * الأول) ليس للاب أن ينصب وصيا على كبار أولاده الا أن يكونوا محجورا عليهم قال فى النوادر فى الوصايا الأول فى ترجمة الوصى يبيع تركة الميت لدين ناقلا له عن أشهب فى المجموعة وليس له أن يولى على كبار ولده أحدا انتهى يريد اذا لم يكونوا محجورا عليهم قال ابن شاس ولا يصح نصب الوصى على ذكور أولاده البالغين الا أن يكونوا محجورا عليهم نعم ينصب وصيا عليهم فى قضاء الديون وتنفيذ الوصايا ونص على ذلك غير واحد (الثانى) قول المصنف وانما يوصى على المحجور عليه أب هذا اذا كان الأب رشيدا كما تقدم فى كلام ابن عرفة حيث قال ان كان بالنظر لمحجور اختص بالاب الرشيد فاما ان كان الاب سفيها وهو فى ولاية أبيه فللجد الولاية على ولد ولده ويوصى عليهم ويكون وصيه وصيا عليهم وقيل لا يكون وصيه وصيا عليهم قال فى العتبية فى رسم المحرم من سماع ابن القاسم من كتاب النذور وسئل عن رجل حلف فى رقيق لابنه أن يبيعهم بثمن سماه وللحالف أب فقال له أنا أبيعهم ليس هم لك فقال له أسفيه هو يريد الحالف فقال لا فقال لا أرى أن يبيعهم قال ابن رشد فى قوله لا أرى أن يبيعهم اذا لم يكن سفيها دليل على أن له أن يبيعهم اذا كان سفيها فجعله فى حكم الوصى على ولد ابنه ما دام ابنه سفيها فيلزم على هذا أن يكون وصى الأب وصيا على ولد الولد الذين الى نظره بايصاء الاب وهو نحو ما فى مختصر ابن شعبان عن مالك ان للوصى أن يزوج بنات يتيمه بعد بلوغهن وان رضى الاب بذلك قبل أن يبلغن لم يلتفت الى رضاه لسقوط ولايتهن كاليتامى قال ابن وهب فى سماع أصبغ والرفع الى السلطان

عزله بسخطته وبقائه مع شريك غيره معه ثالثها ان علم الموصى بسخطته ورابعها ان كان قريبا أو مواليا والقول الاول معروف المذهب وقد تقدم قول ابن رشد اذا تزوجت الوصية يجعل عليها مشرف ان جهل حالها قال واذا عادى الوصى المحجور فانه يعزل ولا يؤمن عدو على عدوه بشئ من أحواله (لا يبيع الوصى عبدا يحسن القيام بهم) من المدونة لا يبيع الوصى عقار اليتامى ولا العبد الذى أحسن القيام بهم الا أن يكون لبيع العقار وجه من ملك يجاوره فيرغبه أو ما لا كفاية فى غلته وليس لهم ما ينفق منه عليهم فيجوز بيعه ومن الاستغناء ان كان للمحجور رقيق وماشية ودواب فمن حسن نظر الوصى له بيع ذلك ويعوض من ثمنها ما هو أغبط له ويحبس له من الرقيق ما يصلح له وفى حبسه المصلحة له وكذلك الدواب ان كان فى حبسها فضل لنتاجها والغنم والبقر ان كان فى حبسها نظر وغبطة والا

يبعث

أحسن وأبين من ذلك أى مما فى مختصر ابن شعبان مافى كتاب ابن المواز أن المولى عليه اذا قتل وله ولد وولد صغيران وصى الاب أولى من عمومة الصبى بالدم وقد كان بعض شيوخنا لا يرى وصى الاب وصيا على صغار الولد الموصى بهم وبالله التوفيق انتهى وحكى القولين ابن رشد أيضا فى سماع أصبغ من كتاب النكاح فى شرح مسئلة تزويج السفيه أخته أو وليته ونقله ابن سلمون فى وثائقه فى ترجمة السفيه والمحجور ولا وصى من قبل الاب ونصه وأما نكاح الوصى بنات محجوره فالرواية بذلك منصوصة عن مالك ومعناه فى الابكار والثيبات اللائى لم يملكن أمور أنفسهن وقد كان بعض الشيوخ يقول انه لا يكون وصيا على ولد محجوره الا بتقديم السلطان فعلى هذا لا يزوج واحدة من بناته وفى مسائل ابن الحاج قال اختلف الشيوخ فى الرجل اذا كان وصيا على سفيه فولد للسفيه ولد فهل للوصى أن ينظر على ابن السفيه كما ينظر على أبيه أم لا فذهب ابن زرب الى انه لا ينظر عليه الا بتقديم وخالف ابن عتاب وابن القصار فى ذلك فقالا انه ينظر عليه كما ينظر على أبيه قال والقضاء عندنا بذلك انتهى وأما مقدم القاضى فقال ابن سهل فى باب الحجر فى ترجمة مقدم القاضى هل له التكلم على أولاد محجوره دون تقديم أم لا الذى تقتضيه الروايات أن له ذلك والذى جرى به عمل القضاة انه لا يكون له ذلك الا بتقديم وانظر كتاب الاقضية منه فى الكلام على الاستخلاف والله أعلم (الثالث) اذا قدم القاضى ناظرا على اليتيم ثم ظهر وصى من قبل الاب فله رد أفعاله نقله البرزلى فى الوصايا وفيه أيضا اذا أوصى لشخص ثم ظهر شخص آخر بوصية فانظره ص ﴿ ولا التركة الا بحضرة الكبير ﴾ ش وسواء أراد الوصى بيع التركة لقضاء الدين أو لتنفيذ الوصايا أو لغير ذلك فان لم يكن الاكابر حضورا رفع الامر للحاكم فيأمره بالبيع ويأمر من يلى معه البيع للغائب أو يقسم ماينقسم قال فى المدونة فى كتاب الوصايا ولا يبيع الوصى على الاصاغر التركة الا بحضرة الاكابر فان كانوا بأرض نائية وذلك حيوان أو عروض رفع ذلك الى الامام فأمر من يلى معه البيع للغائب انتهى قال فى العتبية فى رسم سلف من سماع عيسى من كتاب الوصايا مسئلة وسئل عن الوصى يبيع المتاع بغير اذن الورثة قال فان كانوا كبارا قد رضى حالهم ونساء ثيبات أو متزوجات قد برزن ورضى حالهن فلا يبيع الا باذنهن فان باع رد المتاع لانه انما أوصى بالآخرين الذين يولى عليهم ولم يوص اليه بهؤلاء انما هؤلاء شركاء فى هذا المتاع قيل له فان فات وأصاب وجه البيع فكأنه يقول مضى قال أصبغ لا أرى ذلك وأرى للورثة رده الا أن يكون له ثلث موصى به مع ذلك يحتاج الى تحصيل المال وبيعه وجمعه فيكون ذلك له الا العقار والرباع فلا أرى ذلك له دونهم لانه مأمون وانه مما يقسم وقسمته غير ضرر وان لم يكن له ثلث على ماوصفت فهو مردود على الورثة البالغين المالكين حصصهم أو يأخذون مما بلغ كالشركاء فى السلع المفترقة التى لا تجمع فى القسم فهم كالشركاء الاجنبيين للميت قال ابن رشد قول ابن القاسم فيما باع الوصى على الصغار من المال والمتاع المشترك بينهم وبين الكبار ان البيع يرد مالم يفت فان فات من يد المشترى ببيع أو هبة أو بتحويله عن حاله مثل ان يكون ثوبا فيصبغه أو غزلا فينسجه أو طعاما فيأكله وما أشبه ذلك وقد أصاب الوصى وجه البيع مضى وهذا استحسان والقياس ان لا ينفذ البيع على الكبار بحال فات أو لم يفت وكذلك قال سحنون لا يجوز بيع الوصى على الكبار بقليل ولا كثير أصاب البيع أو لم يصب لانه مالهم وهم أحق وأولى بالنظر لانفسهم قال وهم أيضا أولى بكل ماباع من مال الميت اذا كان لهم رأى فى شراء شئ مما يباع من

(ولا التركة الا بحضرة الكبير) من المدونة لا يبيع الوصى على الصغار التركة الا بحضرة الاكابر فان كانوا بأرض نائية رفع ذلك الى الامام فأمر من يلى معه البيع للغائب وانظر ترجمة بيع الوصى من الوصايا الاول من ابن يونس وانظر فيه صلح الوصى عن اليتيم وتأخيره الدين والاكل من مال اليتيم وسلفه منه أو من أمانة بيده

التركة فى ثلثه فكيف يجوز ان يباع عليهم مالهم أنفسهم بلا امرادهم هذا خطأ وكذلك قول أصبغ أيضا ان البيع يمضى اذا فات ان كان له ثلث موصى به اليه فيحتاج الى تحصيل المال وجمعه وبيعه الا فى العقار استحسان أيضا والقياس لا ينفذ على الكبار البيع فى حظوظهم من ذلك كله الا باذنهم كالشركاء الاجنبيين للميت ولاشهب فى كتاب ابن المواز للوصى أن يبيع الحيوان والرقيق والعقار لتأدية الدين وتنفيذ الوصية وان كان فى الورثة كبار لا يولى عليهم أو كانوا كبارا وقد قيل انه ليس له بيع شئ من العقار الا الثلث وهو أحب الى وقد مضى فى رسم الشجرة من سماع ابن القاسم طرف من هذا المعنى وبالله التوفيق انتهى ونص ما أشار اليه فى رسم الشجرة وسئل عن الوصى يريد بيع متاع الرجل مساومة ويرى ان ذلك خير له مثل ما يسومه الرجل فى الدار وما أشبهه فينهيه ويرى ان بيعه غبطة قال لا بأس بذلك باع مساومة أو ممن يزيد اذا كان ذلك منه على وجه النظر قال ابن رشد معناه فى الوصى على الثلث اذا باع باذن الورثة على الصغار اذا باع باذن الكبار أو فى الوصى على الصغار اذا لم يكن لاحد معهم فى ذلك مشترك وأما اذا كان وصيا على الصغار وهم شركاء مع الكبار فيباع الجميع بغير اذنهم فلا يجوز ذلك عليهم وكذلك اذا كان وصيا على الثلث فباع بغير اذن الورثة وبالله التوفيق وقال فى النوادر فى كتاب الوصايا قال أشهب فى المجموعة فى كتاب ابن المواز فى الوصى يبيع الرقيق والحيوان وغيره يريد لانفاذ وصاياه وفى الورثة غائب كبير لا يولى عليه فذلك له وكذلك لو كان عليه دين ولو أوصى بوصية أو بالثلث صدقة أو غيرها والورثة كبار كلهم فله بيع العقار وغيره وفيها قول انه ليس له بيع شئ من العقار الا الثلث وهو أحب الى وكل ماله فيه بيع العقار فله بيع ماسواه من الحيوان وغيره واذا لم يكن عليه دين ولا أوصى بوصية ولم يترك عقارا والورثة كلهم كبار غيب أو بعضهم غيب فله بيع ما كان من العروض والحيوان بخلاف الرباع وان كانوا حضورا محمد أو قربت غيبتهم فليس له بيع شئ ولا للسلطان وله بيع ذلك فى الغيبة البعيدة قال ابن القاسم اذا رفع ذلك الى السلطان حتى يأمره أو يأمر من يبيع معه ومن المجموعة ونحوه فى كتاب ابن المواز قال ابن القاسم وأشهب اذا كانوا أصاغر وأكابر فلا يبيع حتى يحضر الاكابر قال ابن القاسم وان غابوا بأرض نائية وترك حيوانا ورقيقا وعروضا فله بيع ذلك ويرفع ذلك الى الامام حتى يأمر من يبيع على الغائب قال أشهب ان قربت غيبتهم فليبيع ما يخاف عليه ويرى ان بيعه أفضل للجميع ويقسم الثمن اذا قدموا وان شاء قسمه فى غيبتهم ثم من تلف حقه كان منه صغيرا كان أو كبيرا وكذلك ان كان الورثة عصبة قال سحنون كيف يبيع على الورثة الكبار الغيب بغير أمر السلطان وكيف يقسم بينهم ثم ذكر كلام العتبية المتقدم فى سماع عيسى وقال اللخمى فى كتاب القسمة بعد ان ذكر الخلاف المتقدم وأصل المذهب والمعروف منه أنه لا يقسم الموصى على الغيب الكبار ولا يبيع لدين ولا لغيره ولو جاز ان يقسم الثلث من الثلثين لجاز ان يقسم بين الصغار والكبار انتهى ونقله ابن عرفة فى كتاب القسمة وقبله فيتحصل من هذا انه اختلف هل يجوز بيع الوصى التركة لقضاء الدين وتنفيذ الوصايا اذا كان الورثة غيبا كبارا أو فيهم غائب كبير أم لا فأجاز ذلك أشهب حتى فى العقار ومنع ذلك غيره وهو المعروف من المذهب حتى يرفع الى السلطان فيأمره بالبيع أو يأمر من يبيع معه للغائب أو يقسم ما ينقسم واذا كان هذا القول هو المعروف فى المذهب فأحرى ان يمنع بيعه لغير ذلك حتى يرجع الى السلطان ويردان وقع وما تقدم من الاقوال فكلها استحسان على غير قياس كما تقدم بيان ذلك والله أعلم

(فرع) فان مات فى سفر فلا وصيا له بيع متاعه وعروضه لانه يثقل حمله قاله فى النوادر بل ذكر البرزلى فى كتاب السلم عن أبى عمران ان من مات فى سفر بموضع لاقضاة فيه ولا عدول ولم يوص فاجتمع المسافرون وقدموا رجلا باع هنالك تركته ثم قدموا بلد الميت فاراد الورثة نقض البيع اذا لم يبع باذن حاكم و بلده بعيد من موضع الموت ان مافعلته جماعة الرفقة من بيع وغيره فجائز قال وقد وقع هذا لعيسى بن مسكين وصوب فعله وأمضاه وذكر الداودى انه مر بتركة رجل غريب يذكر انه من أحواز فاس و ورثته مجهولون ودفع الثمن الى ثقاة من أهل المغرب وأمرهم بالبحث عن ورثته فان يئس منهم تصدق به على الفقراء وذكر رجل انه تسلف من الميت دينارا فأمره بدفعه لاولئك الثقات و يبرئه ذلك اذا أشهد على الدفع انتهى (تنبيه) علم مما تقدم ان تنفيذ الوصايا من قضاء دين أو وصية أو بالثلث أو صدقة أو غيرها لوصى الميت و يفهم ذلك أيضا من كلام المدونة فى الوصايا و فى القسمة وقال فى اللباب وتنفيذ الوصية لوصى الميت انتهى وسيأتى فى كلام المصنف أن للوصى اقتضاء ماللوصى من الديون والتأخير بالنظر و يأتى هنالك حكم قضاء الوصى ما على الميت من الدين اذا لم يشهد به غيره وكذلك حكم ما عليه من الوصايا والحقوق دون غيره ومسئلة اختلاف أهل الوصايا والديون مع الوارث فى البيع نقلها فى اللباب وحصل ابن رشد فى البيان فى رسم الوصايا الثانى من سماع أشهب من كتاب الوصايا الاول خمسة أقوال وأطال الكلام فى ذلك فليراجعه من أراده ومسئلة ارسال الوصى مال الورثة ذكرها فى المدونة فى كتاب الوديعة ومسئلة ارسال القاضى مال الورثة ذكرها فى أوائل المنتخب و فى أواخر باب الاقضية من ابن عرفة و فى آخر القسم الخامس من الركن السادس من تبصرة ابن فرحون و فى باب الجهاد من حاشية المشذالى (فرع) ذكر البرزلى عن ابن رشد مسئلة وهى ما اذا باع الوصى عقارا أكثر من حصة الميت وفرقه أنه لارجوع على الوصى والمسئلة فى مسائل الوصايا من نوازل ابن رشد ونصها وكتب اليه القاضى عياض يسأله عن رجل أسندت اليه وصية بثلث فنظر مع الورثة فى بيع التركة حتى خلصت وفرق الثلث على معينين وغير معينين حسبما فى الوصية وكان فى التركة شخص يشارك فيه بعض الورثة وغيره فبيع فيما بيع واشتراه الشريك الوارث وتوزع ثمنه على قدر المواريث والوصية فلما كان بعد مدة تأملت القصة فاذا قد وقع فيها غلط و وهم وقد بيع من الربع من المواريث أكثر من نصيب الميت وتبين ذلك وثبت ووجب له الرجوع بالثمن فى التركة اذا لم يجز سائر الاشراك بيع الزائد فأخذ من كل وارث مصابه و بقى ما للثلث وقد فرق كما ذكر فأجاب لاضمان على الوصى فيما نفذه مما يجب من الثمن للحصة الزائدة على حق الميت و يرجع المبتاع بما ناب الموصى من ذلك و يرجع هو على من وجد من الموصى لهم المعينين وتكون المصيبة منه فيمن لم يجد منهم وفيما فرق على المساكين غير المعينين على مذهب ابن القاسم و روايته عن مالك الذى نعتقد صحته و بالله تعالى التوفيق انتهى مسئلة قال ابن رشد فى نوازله فى باب الوصايا اذا أوصى بوصية أفك أسير أو غير ذلك من وجوه البر وجعل تنفيذ الوصية الى رجل أجنبى أو وارث وشرط فى تنفيذ الوصية دون مشورة قاض ولا تعقب حاكم فلا يجوز لاحد من القضاة والحكام ان يتعقب شيأ من ذلك ولا ينظر فيه والامر فى ذلك للورثة فان كانت الوصية مما يبقى لهم فيه منفعة كالعتق وشبهه كان لهم أن يقوموا حتى يعلموا انها قد نفذت كان المتقدم لها وارثا أو أجنبيا وان كانت الوصية مما لا يبقى لهم فيه منفعة كالصدقة فلا قيام لهم فى ذلك الا ان يكون المنفذ وارثا انتهى قال فى

النوادر أيضا قبل ذلك بنحو الورقة فى باب الوصايا سؤال سأله عنه القاضى عياض ونصه المقدم على تنفيذ ثلث الميت اذا أراد مقاربة الورثة ومسامحتهم وقد جعل له فى التقديم أنه لا اعتراض عليه من حاكم وغيره بوجه من الوجوه هل للحاكم النظر فى تحصيل الثلث والحوطة عليه ثم بعد ذلك يفوض نظره اليه اذ التفويض انما هو فى التفريق وحده أم لا سبيل للحاكم اليه فأجاب لا يجوز للمقدم على تنفيذ الثلث مقاربة الورثة ولا مسامحتهم فى ذلك وان اتهمه القاضى بذلك شرك معه من يثق به فى تحصيل الثلث ثم يكل تنفيذ ذلك اليه فى الوجوه التى جعل تنفيذها فيه أو بما يراه باجتهاده ان كان فوض اليه النظر فى ذلك لقول الموصى ولا اعتراض عليه من حاكم ولا غيره وهذا فى الوصى المأمون وأما فى غير المأمون الذى يخشى عليه على الوصية ولا ينفذها فيكلفه اقامة البينة على تنفيذها على معنى ما وقع فى سماع أشهب من كتاب الوصايا فان لم يأت بالبينة على ذلك ضمن ان كان سارقا معلنا وان كان متهما ولم يكن بهذه الصفة استحلف ولم يضمن الا أن ينكل عن اليمين وان كان مأمونا لم تكن عليه يمين وهو محمول على انه مأمون حتى يثبت أنه غير مأمون انتهى وما ذكره عن سماع أشهب هو فى رسم الوصايا من كتاب الوصايا الثانى ونصه وسمعته يسئل عمن أوصى الى رجل بوصايا من عتق وصدقة وغير ذلك فاراد الورثة أن يكشفوه عنها وان يطلعهم عليه فقال أما الصدقة فليس لهم ان يكشفوه عنها اذا كان غير وارث الا ان يكون سفيها معلنا مارقا فيكشف عن ذلك ولهم أن يكشفوه وان كان غير وارث ولا سفيه عن العتق لان ذلك يعقد لهم الولاء فأما اذا كان الموصى اليه سفيها معلنا فأرى أن يكشف عن ذلك كله فان من الاوصياء من يقبض عن الوصية فلا ينفذ منها شيأ قال ابن رشد هذا كما قال ان الوصى يكشف عما جعل اليه من تنفيذ الوصية بالصدقة وغير ذلك مما لا يبقى فيه منفعة للورثة اذا كان سفيها معلنا مارقا بين ما تقدم من قوله فى سماع ابن القاسم فى انه ليس للورثة أن يقوموا معه فى تنفيذ الوصية الا ان يكون مما يبقى له فيه منفعة كالعتق وشبهه وقوله انه يكشف عن ذلك اذا كان سفيها معلنا مارقا معناه انه يكلف اقامة البينة على تنفيذ الوصية فأما ان لم يأت ببينة على ذلك وتبين نقيضه عليها أو استهضامه لها ضمه اياها وان لم يكن بهذه الصفة من الاشتهار بالسفه والمروق وانهم استحلف فان نكل عن اليمين ضمن وان كان من أهل العدل والثقة لم تلحقه يمين وهو محمول على الثقة والعدالة حتى يعرف خلاف ذلك من حاله اه وبالله التوفيق ونص ما أشار اليه فى أول سماع ابن القاسم قال سحنون أخبرنى ابن القاسم قال سمعت مالكا قال فى الرجل يوصى بان يعتق عنه وأن يحمل عنه فى سبيل الله ويستخلف على ذلك وارثا فيريد بعض الورثة ان ينفذ ذلك وينظر فيه معه قال ان كان وارثا رأيت ذلك عليه وان لم يكن المستخلف وارثا فليس ذلك عليه الا فيما تبقى منفعته للورثة كالعتق وما أشبهه قال ابن رشد هذا كما قال وهو مما لا اختلاف فيه أن الرجل اذا استخلف على تنفيذ وصيته وارثا من ورثته فليس له ان يغيب على تنفيذ ذلك دون سائرهم ولمن قام مع ذلك ان ينفذ ذلك وينظر معه مخافة أن يكون أوصى اليه والوصية للوارث لا تجوز الا ان يجيزها الورثة سواء سمى الميت ما ينفذها فيه من عتق أو صدقة قال فى البيان أو بما سوى ذلك من وجوه البر أو كان قد فوض اليه حيث أراه الله وانه استخلف على ذلك غير وارث فليس عليه ان ينفذ عليه شيأ من ذلك بحضرتهم ولا لهم ان يكشفوه عن ذلك قال فى الرواية الا فيما تبقى منفعته للورثة كالعتق وشبهه والمنفعة التى تبقى فى العتق هو الولاء الذى ينجر عن المتوفى الى من يرثه عنه فلا يختص بذلك الورثة دون غيرهم اذ قد يرثه من لا ينجر اليه

من الولاء شئ وهم البنات والاخوات والزوجات والامهات والجدات وقد ينجر الى من لم يرثه ممن حجب عن ميراثه من الاخوة والعصبة فالحق فى كشف الوصى الاجنبى عن العتق انما هو ممن ينجر اليه الولاء عن الميت وان لم يكن وارثا ولا كلام لمن ينجر اليه الولاء عنه وان كان وارثا له والذى يشبه العتق فى بقاء المنفعة للورثة هو الاخدام والتعمير والتحبيس فاما الاخدام والتعمير فالحق فيه لجميع الورثة لان المرجع فى ذلك اليهم وأما التحبيس فنه ما يرجع الى أقرب الناس بالمحبس ومنه ما يختلف هل يرجع الى ورثته أو الى أقرب الناس به فالحق فى بالمحبس الذى يرجع الى أقرب الناس بالمحبس لمن رجع اليه منهم والحق فى الحبس الذى يختلف هل يرجع الى ورثته أو الى أقرب الناس اليه لجميع ورثته وأقاربه من الرجال والنساء من قام منهم كان له كشفه عنه حتى يعلم انه قد أنفذه لما قد يكون له فيه من المنفعة باتفاق أو على اختلاف وهذا فى الوصى المأمون وأما غير المأمون فيكشف عن الوصايا من العتق والصدقة بالعين وغير ذلك على ماقاله فى رسم الوصايا من سماع ابن القاسم أن السفيه المعلن المارق يكشف عن كل شئ من الصدقة وغيرها وهو محمول على انه مأمون حتى يتبين انه غير مأمون وعلم من لفظ السماعين المذكورين أنه لافرق فى الحكم المتقدم بين ان يشترط الوصى للموصى تنفيذ الوصية دون مشورة قاض ولا تعقب حاكم وأنه لا اعتراض عليه من حاكم وغيره بوجه من الوجوه كما ذكر ذلك فى السؤالين فى النوادر ولا يشترط ذلك كما فى لفظ السماعين المذكورين والله أعلم ومن هذا المعنى مسئلة كتاب الوديعة والشهادة من المدونة ونصها على مافى كتاب الوديعة ولو أمرته بصدقة على قوم معينين فان صدقه بعضهم وكذبه بعضهم ضمن حصة من كذبه ولو أمرته بصدقة على غير معينين صدق مع يمينه ان لم يأت ببينة انتهى قال أبو الحسن هذه المسئلة تبين مسئلة كتاب الشهادة قال فيه فان كانوا غير معينين صدق ولم يذكر هنالك يمينا ابن يونس يحلف اذا كان متهما انتهى ومن هذا المعنى كشف وارث المحجور الوصى عما بيده فقال ابن رشد فى نوازله فى كتاب الصدقات وليس للوارث المحجور ولا لوليه ان يكشف الوصى عما بيده لمحجوره ولا ان يأخذ منه نسخ عقوده ولكن للقاضى ان يجبر الوصى على أن يشهد لليتيم بماله بيده انتهى ونقله ابن سلمون فى الوصايا ونصه وسئل ابن رشد فى رجل له ولى محجور وله مال وتصدق عليه بصدقات ونحل نحلا فطلب هذا الرجل من وصيه أو من الحاكم نسخ تلك العقود وقام فى الكشف لوصيه عما فى يده من مال المحجور اذ زعم انه وارثه وان المال لما توفى هذا المحجور صار اليه هل له فى ذلك حجة أم لا فقال ليس لوارث اليتيم ان يستكشف وصيه عما له بيده من المال أو يخاصمه فى ذلك ولا أن يأخذ منه نسخ عقوده وعلى الوصى أن يشهد ليتيمه بماله بيده فان أبى من ذلك أخذه الحاكم ببيانه ان يوقف فيعين مال اليتيم عنده انتهى وقال فى العتبية فى رسم الاقضية الثانى من سماع أشهب من كتاب الوصايا وسئل يعنى مالكا فقيل له ان سيدى كاتبنى وأوصى الى فسألنى بعض موالى وهو ولد سيدى عما فى يدى وعمار بحت فيه وأنا عند الناس كما أحب أفذلك على قال لا أرى ذلك عليك أليس مافى يدك مال معروف قال بلى ولكنه يريد أن يعلمه و يعلم ماربحت فيه قال ابن رشد وقوله وأوصى الى يريد انه أوصى اليه بالنظر على بنيه فلم ير عليه ان يخبره بما ربح فى مال اليتيم الذى هو ناظر فيه لولده لان الوصى لا يلزمه ان يكشف عما بيده الا اذا خيف عليه أن يكون قد أتلفه وهو محمول على الامن من ذلك حتى يثبت خلاف ذلك من حاله فاذا كان مافى يده من المال معروفا فلا يلزمه أن يكشف عنه ولا يخبر بما

(ولا يقسم على غائب بلا حاكم) لو قال اذ لا يقسم على غائب بلا حاكم لناسب ما تقرر (ولاثنين حمل على التعاون) من المدونة من أوصى الى وصيين فليس لاحدهما بيع ولا شراء ولا نكاح ولا غيره دون صاحبه الا أن يوكله * ابن عرفة وسواء أوصى اليهما على سبيل المعية والشركة فى زمان أو فى زمانين وقوله الا أن يوكله زاد فى الموازية الا مالا بد منه من الشئ التافه من الطعام وما لا بد منه مما يضر بهم تأخيره فهو خفيف اذا غاب الآخر وأبطأ اهـ انظر اذا كان مشرف على الموصى قال ابن سلمون ما فعله الوصى بغير علم المشرف مضى ان كان سدادا فان أراد المشرف أن يرد السداد لم يكن له ذلك والمال لا يكون الا عند الوصى لا عند المشرف وقال ابن رشد ليس نكاح أحد الوصيين بمنزلة انكاح الوصى دون اذن المشرف المشرف ليس بوصى ولا ولى ولا له من ولاية العقد شئ انما له المشاورة التى جعلت له خاصة (فان مات أحدهما أو اختلفا فالحاكم) ابن شاس ان مات أحدهما استقل الآخر * ابن عبد السلام هذا بعيد فى الفقه * ابن عرفة فى الموازية لابن القاسم لو مات أحدهما ولم يوص فان كان الباقى بين العدالة والكفاءة لم يجعل معه القاضى غيره وروى محمد اذا عزل أحد الوصيين بجناية لم يجعل مع الأخ غيره وروى على يجعل معه غيره ومال اليه سحنون ومن المدونة ان اختلف نظر السلطان واللخمى ان رد السلطان ما فعله أحدهما صوابا أثبته وان كره الآخر ورشح البرزلى فى نوازله ان فعل فعلا لو رفع للحاكم لم يفعل غيره فانه يكون كأن الحاكم فعله (وليس لأحدهما ايصاء) عيسى للوصى أن يوكل فى حياته وعند موته قاله مالك وجميع أصحابه * ابن رشد لا خلاف بينهم فيه انما الخلاف فى الوصيين المشترك بينهما فى الايصاء هل لاحدهما أن يوصى بما اليه من الوصية أم لا على ثلاثة أقوال الاول أن ذلك له ولو الى من ليس معه فى الوصية أتت الرواية بهذا عن مالك وهو ظاهر قوله فى المدونة وهو ظاهر قول عيسى هذا الثانى ليس له ذلك وهو الى من معه فى الوصية وهو ظاهر قول سحنون الثالث انه ليس له ذلك الا الى شريكه فى الايصاء وهو الذى تأوله الشيوخ على سحنون فى قوله فى المدونة

ربح فيه لان ذلك غضاضة عليه اذ لا يفعل ذلك الا من لا يوثق به وسيده قد استأمنه ووثق به فهو محمول على ذلك انتهى ومن هذا المعنى كشف المرأة الموصى اليها بولدها اذا تزوجت حسبما ذكره فى رسم حلف من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا الاول ونصه وسئل مالك عن امرأة هلك زوجها وأوصى اليها بولدها وبما كان له من مال فتزوجت المرأة وخيف على المال أترى ان يكشف قال مالك ان كانت المرأة لا بأس بحالها فلا أرى ذلك وان كانت بخلاف ذلك كشف ما قبلها قال ابن رشد انما قال انه يكشف ما قبلها ان كان يخاف على المال عندها ولا يكشف ان كان لا بأس بحالها ولم يبين ما تحمل عليه من جهل حالها والظاهر من قول مالك فى رسم الوصايا من سماع أشهب بعد هذا أن المرأة اذا تزوجت غلبت على حال أمرها حتى تعمل ما ليس بصواب انها عنده محمولة على الخوف عليها اذا تزوجت فيكشف ما قبلها الا أن يعلم انه لا بأس بحالها وقال ابن المواز قال ابن القاسم ووجه ما سمعت هذا فى المال أن ينظر الى حالها فان رضى حالها وسيرتها والمال يسير لم يؤخذ منها محمد ولم يكشف ان كان المال كثيرا ولا هى مقلة وخيف من ناحيتها وأرى أن ينزع المال منها وقاله أصبغ وهى على الوصية على كل حال الا أن تكون مبرزة الامن ابقاء المال عندها بعد النكاح فى الحزم والدين واليسر والحرز فيقر بيدها (قلت) واذا خيف على المال عندها فنزع منها ولم تعزل هى عن الوصية فليقدم معها من يكون المال عنده ويشاورها فى النظر انتهى وبالله التوفيق ص ﴿ولا يقسم على حاكم غائب بلا حكم﴾ ش هذا نحو قوله فى قسمة المدونة اذا كان فى الورثة كبير غائب لم تجز قسمة الوصى عليه ولا يقسم لغائب الا الامام ويوكل بذلك ويجعل ما صار له بيد أمين وليس للوصى أن يقول ابقوا حق الغائب بيدى انتهى أوله بالمعنى وقال البرزلى فى مسائل القسمة سئل أبو محمد عمن هلك وترك ورثة أحدهم غائب وترك حائطا اقتسموه بمحضر جمع لا بأمر السلطان وعزلوا للغائب حظه ووقع البيع فى بعض تلك الحظوظ والاستغلال فى بعضها والعمارة ثم قدم الغائب هل يمضى القسم عليه أم لا وهل تكون الغلة لمن اغتل أم لا وهل يمضى البيع والتفويت أم لا فأجاب بان القسمة فاسدة وترد البياعات وما اغتله المتقاسمون فعليهم رده أو مثله ان كان له مثل أو قيمته ان لم يكن له مثل ويكون بينهم وما اغتله المشترون فان كانوا عالمين بالغائب فعليهم رد حظه اليه من الغلة وان كانوا غير عالمين فلا شئ عليهم من الغلة ويكون لهم أجر قيامهم وتعبهم البرزلى هذا نحو قوله فى المدونة وذكر ما تقدم ص ﴿والاثنين حمل على التعاون﴾ ش قال فى الوصايا الاول من

المدونة وان أوصى الى وصيين فليس لاحدهما بيع ولا شراء ولا نكاح ولا غيره دون صاحبه الا ان يوكله قال غيره لان لكل واحد منهما ما لصاحبه قال ابن القاسم فان اختلف نظر السلطان ثم ولا يخاصم أحد الوصيين خصما للميت الا مع صاحبه ومن ادعى على الميت دعوى وأحدهم حاضر خاصمه ويقضى له ويكون الغائب اذا قدم على حجة الميت انتهى زاد اللخمى اثر قول المدونة ولا يخاصم أحد الوصيين خصما للميت الا مع صاحبه الا أن يوكله أو يكون غائبا انتهى وقال ابن حارث فى أصول الفتوى ولا يخاصم أحد الوصيين دون صاحبه فيما يطلبونه من مال الميت وجائز ان يخاصم أحدهم فيما يطلب به الميت لان القضاء على الغائب جائز ويكون الغائب على حجته انتهى فان أنكح أحدهم بغير اذن الآخر فقد تقدم فى النكاح انه نكاح فاسد فان باع أو اشترى دون صاحبه وأراد صاحبه رده رفعه للسلطان قال اللخمى فان فعل وأراد الآخر رد فعله فان رآه صوابا أمضاه والا رده فان فات المشترى بالبيع كان على الذى نفرد بالبيع الا كثر من الثمن أو القيمة وان اشترى وفات البائع بالثمن كانت السلعة المشتراة له وغرم الثمن وقال أشهب الا فى الشئ التافه الذى لا بد لليتيم منه مثل ان يغيب أحدهما فيشترى الباقى الطعام والكسوة وما يضر باليتيم استئجاره انتهى ونقله فى التوضيح وقال فى آخر كتاب الرهون من مختصر المدونة لابن أبى زيد وللوصى ان يرهن من مال اليتيم رهنا فيما يبتاع له من مصالحه كما يتداين عليه ولا يدفع أحد الوصيين رهنا من التركة الا باذن صاحبه وان اختلف نظر الامام وكذلك البيع والنكاح انتهى والله أعلم (تنبيه) قول المصنف حملا على التعاون هذا ان أطلق الميت وأما ان نص على اجتماع أو انفراد فلا اشكال أنه يتبع قاله فى التوضيح وغيره وقال ابن سلمون فان قدم على الميت وصيان فلا يجوز لاحدهما ان ينفرد بالنظر عن صاحبه الا ان يشترط المقدم ان من عاقه منهما عائق انفرد صاحبه به فيكون له ذلك عند العائق اه (مسئلة) قال ابن سهل فى أحكامه فى أوائل مسائل السفيه وقالوا فى رجل أوصى على ابنه الى فلان وفلان فمن مات منهما أو غاب فالباقى منفرد فثبت سخطة أحدهما فان للقاضى ان يوكل مع الباقى ناظرا مأمونا ولا ينفرد لان المعزول لسخطة لم يمت ولا غاب انتهى (فرع) قال المشذالى فى حاشيته فى كتاب الوصايا الاول قال ابن عبد السلام أنظر هل يتنزل المشرف على الوصى منزلة أحد الوصيين قال المشذالى وقال ابن سهل عن ابن عتاب فى بعض أجوبته مانصه وسبب المشاورة كسبب الوصى أو أقوى وانظر نوازل ابن رشد فى النكاح فانه قال ان المشرف ليس بولى ولا وصى وانما له المشورة انتهى ونحوه فى اللباب فى باب الوصايا فان كان أحدهما مشرفا فله ان يشرف على أفعال الوصى كلها ولا يفعل شيأ الا بمعرفته فان فعل شيأ بغير علمه مضى ان كان سددا والا رده وشهادة المشرف للمحجور جائزة بخلاف الوصى انتهى و فى ابن سلمون فى آخر ترجمة الكلام على المحجور بعد ان ذكر الكلام على الوصيين وأما اذا كان على وصى فانما يكون المال عند الوصى قال أحمد بن نصر وله اجر النفقة والكسوة على محجوره ولا يكون ذلك من المشرف وانما للمشرف النظر فى البيع والشراء الا ان يكون برأيه وان فعل بغير رأيه رده ان لم يكن نظرا وقال غيره للمشرف ان يشرف على أفعال الوصى كلها من اجراء النفقة وغيرها ولا ينقلب الا بمعرفته فان فعل شيأ بغير علمه مضى ان كان سدادا والا رده المشرف وان أراد رد السداد لم يكن له ذلك ونظر السلطان فيه انتهى وتقدم فى النكاح عند قول المصنف و بأبعد مع أقرب ان لم يجبر كلام ابن رشد فى النوازل على المشرف وانه ليس بولى وانما له المشورة والاجازة والرد ان عقد الوصى

بغيراذنه والله أعلم ومن مختصر النوازل أفتى القاضى ابن رشد ان المحجور اذا جرى بينه و بين المشرف على وصيه فى أمر عداوة أو مخاصمة فانه يعزل عن الاشراف انتهى وهى فى مسائل الدعوى والخصومات من النوازل مبسوطة والله أعلم ص ﴿ولا لهما قسم المال والاضمنا﴾ ش قال فى المدونة ولا يقسم المال بينهما ولكن عند أعدلهما فان استويا فى العدالة جعله الامام عند أكفئهما ولو اقتسما الصبية فلا يأخذ كل واحد حصة من عنده من الصبيان انتهى قال اللخمى ولو جعلاه عند أدناهما عدالة لم يضمنا لان كليهما عدل ثم قال قال مالك فى كتاب محمد فان اختلفوا طبع عليه وجعل عند غيرهم انتهى وقول المصنف والاضمنا أى وان اقتسماه ضمنا وهو الذى نقله اللخمى عن ابن الماجشون وظاهره ماحكاه ابن يونس وابن الحاجب ان كل واحد انما يضمن مابيد صاحبه وقال أشهب وسحنون لاضمان عليهما (فرع) قال ابن عات عن المشاور ان قسم الوصيان المال فباع أحدهما دون اذن صاحبه لم يجز بيعه و يرده الآخر و يضمنه ان فات الا أن يكون شرط الموصى ان من عاقه عائق فالباقى منهما منفرد بالوصية ففعل أحدهما جائز وقت مغيب الآخر أو شغله من غير وكالة ولا ضمان عليه فيما فعل حينئذ (قلت) هذا على مذهب ابن الماجشون لا سحنون انتهى من مسائل الوصايا من البرزلى ص ﴿وللوصى اقتضاء الدين﴾ ش تصوره ظاهر وأما قضاء الوصى ماعلى الميت من الدين فقال فى النوادر فى أوائل كتاب الوصايا قال أصبغ فى الميت يشهد وصيه أن ثلثه صدقة ولا يشهد غيره قال ان خفى له وأمن اذا أخرجه فليفعل ولا اثم عليه بل ذلك عليه واجب وقد قال أشهب اذا علم ان على الميت دينا وهو لا يخاف عاقبته فعليه ان يؤديه من تركته وكذلك ماسئلت عنه من الوصايا والحقوق والديون ولو علم ان فى تركته عبدا حرا يعتق من رأس ماله أو فى ثلثه ان عليه أن يهمله ولا يعرض له ببيع ولا خدمة ولا بغيرها وكذلك الوارث فيما علم من هذا كله وأشهد عليه الميت وهذا الباب كثير معناه فى كتاب الشهادات انتهى و فى الكتاب المذكور منها أيضا عن ابن المواز قال أشهب عن مالك فى صغير يوصى له بدينار فان لم يشهد بذلك الا الوصى فان خفى للوصى دفع ذلك فليفعل وكذلك لو رفع الى الامام فلم يقبل شهادته فله دفعه ان خفى له قال محمد ولو كان كبيرا الحلف وأخذ ولو كان كذلك يوقف للصبى حتى يكبر فيحلف لكان بينهم فى بقاء ذلك بيده الى بلوغه انتهى ثم قال فى آخر الوصايا الاول فى ترجمة الوصى يقضى عن الموصى الدين بغير بينة ومن المجموعة قال أشهب وللوصى أن يقضى الدين عن الميت بغير أمر قال ان من كان فيه بينة عدول والثقة له أن لا يدفع الا بامر قاض لانه لو بلغ بعض الورثة فجرح شهود الدين لضمن أخذت ممن قبضها ولو كان بامر قاض لم يرد ولم يقبل تجريحهم لانه حكم نفذ وان دفع الوصى الى الغريم ثم قام آخرون فأثبتوا دينهم وجرحوا بينة الاول فالوصى ضامن و يرجع على الاول بما أخذ أو بغرمه القائمون أو يدعوا الوصى ثم لا يرجع الاول على الوصى بشئ ولو دفع اليه بقضية لم يضمن للقائمين بعده و رجعوا على الاول بحصتهم وكذلك قال ابن القاسم ان كان الوصى عالما بغرماء الميت أو كان موصوفا بالدين فيضمن لمن أتى و يرجع على من أخذ وأما ان لم يعلم ولم يكن الميت موصوفا بالدين لم يرجعوا الاعلى من أخذ وقال فى قضاء الورثة بعض الغرماء كما قال فى الوصى وقال فى الصبى وقال مثله عبد الملك اذا تأنوا ولم يعجلوا و بعد الصياح فى الدين وفعلوا ما كان يفعله السلطان فلا يضمنوا وأما ان عجلوا ضمنوا فان لم يكن عندهم شئ رجع الطارئ على الاول قال أشهب فى الوصيين يدفعان دينا

(ولا لهما قسم المال والا ضمنا) من المدونة ان اختلفا نظر السلطان ولا يقسم المال بينهما ولكن عند أعدلهما فان استويا فى العدالة جعله الامام عند أكفئهما ولو اقتسما الصبيان فلا يأخذ كل واحد حصة من عنده من الصبيان قال ابن الماجشون فان قسما المال ضمن كل واحد ما هلك بيد صاحبه لتعديه باسلامه اليه * اللخمى ضمن كل واحد منهما جميع المال ماعنده لاستبداده بالنظر فيه وماعند صاحبه لرفع يده عنه وكذا الوديعة يقتسمانها (وللوصى اقتضاء الدين وتأخيره لنظر) من المدونة لا يجوز للوصى أن يؤخر الغريم بالدين ان كان الورثة كبارا وان كانوا صغارا جاز ذلك على وجه النظر لهم * أشهب وكذلك لو وضع من الدين أو صالح عنه خوف جحود أو تفليس وفى العتبية وله البيع مساومة

(والنفقة على الطفل بالمعروف) قال مالك ينفق على كل يتيم بقدر مصابه قال مالك قال ربيعة ولو أن يشترى له مايلهو به وان كان له سعة وسع عليه (وفى ختنه وعرسه) اللخمى ينفق على المولى عليه فى ختانه وعرسه ولا حرج على من دعا بأكل ولا يدعوا للاعبين قال ابن القاسم ما أنفق على اللاعبين لم يلزم اليتيم ونقل ابن قتيبة عن عكرمة قال لما ختن عبد الله بن عباس بنيه أرسلنى فدعوت له اللاعبين فلعبوا فأعطاهم ابن عباس أربعة دراهم (وعيده) فى الموازية يضحى عنه من ماله وقد تقدم فى الأضحية وتقدم يشترى له مايلهو به (ودفع نفقة له قلت) اللخمى يدفع له من النفقة مايرى انه لا يتلفه الشهر ونحوه فان كان يتلفه قبل ذلك فيوم بيوم (واخراج فطرته وزكاته ورجع للحاكم ان كان الحاكم حنفيا) فى الموازية يزكى ماله ويخرج عنه وعن عبده زكاة الفطر * الشيخ ان أمن أن يتعقب أو خفى * ابن عرفة لهذا قال غير واحد من المتأخرين لا يزكى الوصى حتى يرفع الى السلطان لئلا يكون مذهبه سقوط الزكاة عن الصغير (ودفع ماله قراضا أو بضاعة) روى محمد انما للوصى فى مال اليتيم ما ينميه أو ينفقه * اللخمى وحسن له أن يتجر له * ابن عرفة وليس ذلك عليه وروى ابن القاسم له أن يتجر فى مال اليتيم ولا يضمن وروى ابن وهب فى البر والبحر ومن ابن عات ان كان الوصى أخا لليتيم وتجر فى المال وهو مشترك فالربح له وحسن له أن يواسى منه اليتامى اه انظر هل هذا سلف جر نفعا * ابن شاس ثم الوصى يقضى ديون الصبى ويزكى ماله ويدفعه قراضا أو بضاعة وفى نوازل ابن الحاج للقاضى أن يفرض للوصى أجرة على نظره

بشهادتهما أو الوارثين ثم يطرأ دين آخر أو وارث ثم يقدم فان دفعا بأمر قاض لم يضمنوا ويرجع على الاول وانما تقبل شهادتهما قبل ان يدفعا وأما بعد الدفع فان كان بغير أمر قاض فيضمنان انتهى ص ﴿ والنفقة على الطفل بالمعروف ﴾ ش تصوره واضح (مسئلة) قال ابن رشد فى رسم أخذ يشرب خمرا من سماع ابن القاسم من كتاب الجامع أجمع أهل العلم ان أكل مال اليتيم ظلما من الكبائر لا يحل ولا يجوز وذهب مالك وأصحابه الى انه يجوز للفقير المحتاج أن يأكل من مال اليتيم بقدر اشتغاله به وخدمته فيه وقيامه عليه والا فلا يسوغ له أن يأكل منه الا ما لا ثمن له ولا قدر لقيمته مثل اللبن فى الموضع الذى لا ثمن له فيه ومثل الفاكهة من حائطه ومن أهل العلم من أجاز له أن يأكل منه على وجه السلف ومنهم من أجاز له أن يأكل منه ويكتسى بقدر حاجته وما تدعو اليه الضرورة وليس عليه رد ذلك وأما الغنى فان لم يكن فيه خدمة ولا عمل سوى ان يتفقده ويشرف عليه فليس له أن يأكل منه الا ما لا قدر له ولا بال مثل اللبن فى الموضع الذى لا ثمن له فيه والثمر يأكله من حائطه اذا دخله واختلف ان كان له فيه خدمة وعمل فقيل ان له أن يأكل بقدر عمله فيه وخدمته له وقيل ليس له ذلك لقوله عز وجل ومن كان غنيا فليستعفف انتهى بالمعنى ونقله فى رسم اغتسل من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا والله أعلم ص ﴿ وفى ختنه وعرسه وعيده ﴾ ش قال فى النوادر قال مالك وليوسع عليهم ولا يضيق وربما قال ان يشترى لهم بعض مايلهيهم به وذلك مما يطيب نفوسهم به انتهى ص ﴿ واخراج فطرته وزكاته ﴾ ش يعنى ان الوصى له ان يخرج عن الصبى فطرته وله ان يخرج زكاة ماله قال فى النوادر قال ابن حبيب ويشهد فان لم يشهد وكان مأمونا صدق انتهى وانظر اذا لم يكن مأمونا هل يلزمه غرم المال أو يحلف لم أر فيه نصا ص ﴿ ورفع للحاكم ان كان حاكم حنفى ﴾ ش تقدم الكلام عليه فى الزكاة والله أعلم ص ﴿ ودفع ماله قراضا أو بضاعة ﴾ ش قال فى المدونة فى كتاب الرهون وللوصى ان يعطى مال اليتيم مضاربة ولا يعجبنى ان يعمل به الوصى لنفسه الا ان يتجر لليتيم أو يقارض له به غيره انتهى وسواء كان ذلك فى بر أو بحر كما ذكره فى النوادر والجواهر وابن عرفة وقيده ابن عرفة بالامن ونصه الشيخ عن المجموعة والموازية روى ابن القاسم له ان يتجر بأموال اليتامى ولا يضمن وروى ابن وهب فى البر والبحر قلت مع الامن قاله غير واحد انتهى ولفظ النوادر ومن المجموعة وفى كتاب ابن المواز نحوه قال ابن القاسم عن مالك وله أن يتجر بأموال اليتامى لهم ولا ضمان عليه قاله عنه ابن وهب فى البر والبحر ويشترى لهم الرقيق للغلة والحيوان من الماشية وشبه ذلك وذلك كله حسن وقد فعله السلف وقد أعطت عائشة مال يتيم لمن يتجر به فى البحر وأنكر ما يفعل أهل العراق ان يقرضوا أموالهم لمن يضمنها وأعظم كراهيته قال أشهب وله ان يتجر بمال يتيمه بيده أو يؤاجر له من يتجر فيه أو يدفعه قراضا أو بضاعة على اجتهاده ولا يضمن وله أن يودع ماله على النظر ولا مر يراه فاما ان يفعله على المعروف بمن يأخذه فلا يصلح ذلك وذكر كله ابن

المواز لابن القاسم ولم يذكر أشهب ومن هذه الدواوين قال مالك وله أن يدفع ماله قراضا اذا دفع الى أمين ولا يضمن قال فى كتاب ابن المواز وله ان يبضع لهم ويبعث فى البر والبحر وله ان يودع مالهم ويسلفه قال ابن المواز يسلفه فى التجارة فأما على المعروف فلا انتهى (تنبيهات * الاول) فهم من قول المصنف للوصى دفع ماله قراضا وبضاعة ومن قول المدونة وللوصى ان يعطى مال اليتيم مضاربة ومن قول النوادر وله ان يتجر بأموال اليتامى انه لا يجب على الوصى التجارة بمال اليتيم وهو كذلك وانما يستحسن له ذلك قال ابن عرفة روى محمد انما للوصى فى مال اليتيم فعل ماينميه أو ينفعه اللخمى وحسن أن يتجر له به وليس ذلك عليه انتهى وكلام اللخمى المذكور هو فى باب الوصايا وصرح أيضا فى كتاب الزكاة بانه لا يجب عليه ذلك وتقدم فى كلام النوادر ان ذلك حسن وقد فعله السلف (الثانى) قال فى العتبية فى رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الاقضية قال ابن القاسم ان الضمان الذى يفعله أهل العراق فى أموال اليتامى حرام يضمنونها أقواما يكون لهم ربحها وعليهم ضمانها والسنة فيها ان كان لهم وصى ثقة لم تحرك من يده وان كان غير ثقة أو لم يكن لهم وصى استودعها القاضى عند ثقة قال ابن رشد الوجه فى أموال اليتامى دفعها الى من يتجر فيها تطوعا للثواب فان لم يوجد فعلى سبيل القراض فان لم يمكن أودعت عند من يوثق به فان تعدى عليها المودع فتسلفها ضمنها وسقط عن اليتامى زكاتها ولم يحل ان يضمن لاحد على ان يكون له ربحها لانه سلف لغير وجه الله لم يبتغ به المقرض الا منفعة نفسه لا منفعة المقترض اه مختصرا وتقدم فى كلام النوادر فيما نقله ابن القاسم عن مالك انه اذا أنكر مايفعل أهل العراق ان يقرضوا أموال اليتامى لمن يضمنها وأعظم كراهية فالكراهة محمولة على التحريم كما تقدم فى كلامه فى العتبية وقال فى النوادر أيضا قال ابن الماجشون وليس للوصى أن يسلف أموال اليتامى على وجه المعروف ولو أخذ رهنا وأما العمل به مما يحصل لهم فيه ربح على الوجه الجائز الذى لا حيلة فيه ظاهرا وباطنا فله ذلك انتهى بالمعنى والله أعلم (الثالث) تقدم فى كلام النوادر عن ابن المواز وابن الماجشون انه ليس للوصى أن يسلف مالهم على وجه المعروف ونص على ذلك اللخمى بزيادة فيه ولفظه ولا يسلف ماله لأن ذلك معروف الا ان يكون كثير التجر له ويسلف الشئ اليسير مما يصلح وجهه مع الناس فلا بأس انتهى ونقله ابن عرفة عنه بلفظه وأما اسلاف الموصى ماله فقال فى النوادر فى كتاب الوصايا قال فى المجموعة وغيرها ولا أحب ان يركب له دابة ولا يتسلف ماله وقاله عنه ابن وهب فى المجموعة ومن مات فى سفر وأوصى رجلا فلا يتسلف الوصى من تركته ولا أحب ان يشترى من متاعه وقاله أشهب عن مالك فى كتاب ابن المواز قال عنه ابن نافع فى المجموعة ولا أحب ان يتسلف من مال بيده لغيره وأجازه بعض الناس فرجع فقال ان كان له مال فيه وفاء فأرجو اذا أشهد ان لا بأس به انتهى وقال فى كتاب الزكاة منها فى ترجمة زكاة مال المفقود والصبى وقال ابن حبيب وان استنفق مال يتيمه وله به ملاء وخاف ان يعدم له به فلا بأس بذلك وقاله القاسم بن محمد وكان ابن عمر يسلفه ويستسلفه واذا لم يكن له ملاء فلا يستسلفه انتهى وقال فى مختصر الواضحة قال عبد الملك وان ترك والى اليتيم ان يتجر بماله أو يبضع لما يخشى من التغرير به وتجر لنفسه أو يضمنه أو استنفقه فلا بأس بذلك اذا كان عنده به وفاء ان عطب وكذلك قال مالك وأصحابه واذا لم يكن به وفاء فلا يحل له ان يستسلفه ولا ان يتجر فيه لنفسه لأنه يعرضه للتلف ولا مال له فان فعل فالربح له بتعديه وقد ذكر ابن حبيب وهو ضامن له بعد قال فضل هذا قول مالك وأصحابه الا ابن الماجشون

فانه روى عن مالك ان الربح لليتيم والضمان على الوصى بتعديه وقد ذكره ابن حبيب فى سماعه هذا اذا تجر به لنفسه ولا وفاء له انتهى ص ﴿ ولا يعمل هو به ﴾ ش قال الشارح أى ليس للوصى أن يعمل هو بنفسه فى مال الصغير لانه يصير كمؤاجر نفسه منه وهو لا يجوز له ذلك انتهى زاد فى الوسط وقيل ان عمل به على وجه يشبه قراض مثله مضى كشراء شئ لليتيم انتهى وظاهره ان القول الاول يقول لا يمضى مطلقا وكذا ساق القولين فى الشامل وصدر بالاول وعطف الثانى بقيل ونصه ولو دفع ماله قراضا أو وديعة ولا يعمل هو بنفسه وقيل ان وقع على جزء يشبه قراض مثله كشراء سلعة ليتيمه لا لنفسه من التركة ونظر فيه الحاكم وهل يوم الشراء أو يوم الدفع أو الآن أقوال وقيل تعاد للسوق فان زاد فلليتيم والا مضى وفيها سئل عن حمارين ثمنهما ثلاثة دنانير وتسوق بهما بدوا وحضر افارادالوصى أخذهما بما أعطى فاجازه انتهى وظاهر كلام ابن عرفة انه موافق له ونصه لأشهب فى الكتابين لا يعمل الوصى بمال اليتيم قراضا كما لا يبيع منهم من نفسه ولا يشترى لهم وقال بعض أصحابنا فى كتاب آخر ان أخذه على جزء من الربح يشبه قراض مثله مضى ذلك انتهى والمراد بالكتابين المجموعة والموازية وظاهر كلام التوضيح ان القول الثانى من كمال القول الاول ومفرع عليه ونصه قال ابن الحاجب ولا يعمل هو به قراضا عند أشهب قال فى التوضيح لأنه كمؤاجر نفسه وهو لا يجوز له ذلك كما لا يبيع له سلعة لنفسه بعض أصحابنا فان أخذه على الجزء من الربح يشبه قراض مثله أمضى كشرائه لليتيم اه وانظر عز وابن الحاجب وابن عرفة هذه المسئلة لأشهب وقبول المصنف لذلك واقراره مع انها فى المدونة فى كتاب الرهون وهو نصها المتقدم فى أول القولة التى قبل هذه وهو قوله وللوصى ان يعطى مال اليتيم مضاربة ولا يعجبنى ان يعمل به الوصى لنفسه الا ان يتجر لليتيم أو يقارض له به غيره قال أبو الحسن مخافة ان يحابى نفسه لأنه معزول عن نفسه خوف ان يحابى نفسه فان عمل به بنفسه فان كان عمله مثل الجزء الذى سمى كان الربح بينهما على ما شرط وان خسر لم يضمن وان كان الجزء أكثر من العمل كان له قراض مثله فان خسر اختلف هل يضمن أم لا والتضمين ضعيف انتهى وقال ابن رشد فى رسم البز من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا فى شرح مسئلة وهى وسئل عن الوصى ايقارض بمال اليتيم الذى أوصى اليه به قال نعم لا بأس ولا ضمان عليه فيه وان هلك ان كان دفعه الى أمين ابن رشد هذا كما قال ان للوصى ان يدفع مال يتيمه مضاربة لأنه ينظر له بما ينظر لنفسه ومثل هذا فى الرهون من المدونة ان للوصى ان يتجر بمال اليتيم أو يقارض به ويكره ان يعمل هو به مضاربة قال فى الزكاة من كتاب ابن مزين فان عمل به بقراض مثله جاز ولم يكن عليه ضمان ان تلف وان عمل فيه بأكثر من قراض مثله فغبن اليتيم فى ذلك رد الى قراض مثله وضمن المال ان تلف قال يحيى بن ابراهيم قوله فى الضمان ضعيف انتهى فتحصل من هذا ان المسئلة فى المدونة وان النهى فيها على الكراهة كما صرح به ابن رشد وكما هو ظاهر لفظ المدونة وان ما فى ابن مزين من تتمة المسئلة وتفسيرلها كما نقله أبو الحسن وكما يظهر من كلام ابن رشد المتقدم والله أعلم (فروع * الاول) قال المشذالى فى حاشيته فى الرهون أخذ من قوله فى المدونة وللوصى أن يأخذ مال اليتيم مضاربة جواز الصلح على المحجور فيما ادعى عليه وخاف ان يثبت على المحجور أوطلب المحجور دعوى على الغير نخاف الوصى ان لا يثبت انه يصالح على البعض بعطية أو يأخذه ونص عليه صاحب الطراز والجامع بينهما انه جوز دفع المال مضاربة مع احتمال ذهابه فضلا عن حصول رأس المال فضلا عن الربح قلت

(لا يعمل هو به) ابن شاس اختلف فى عمله هو به قراضا فمنعه أشهب

قال فى نوازل أصبغ سألت ابن القاسم عن الوصى أيصالح عن الايتام قال نعم ان رآه نظرا قال ابن رشد وقعت هذه المسئلة فى بعض الروايات وظاهرها ان الوصى يجوز صلحه عن الايتام فيما يراه نظرا فيما طلب له وطلب به بان يأخذ البعض و يترك البعض اذا خشى انه لا يصلح له ما ادعاه أو يعطى من ماله بعض ما يطلب اذا خشى ان يثبت عليه جميعه وهو له فى النوادر مكشوف خلاف ما حكى ابن حبيب فى الواضحة عن ابن الماجشون انه يجوز فيما يطلب له لا فيما يطلب به والصواب انه لا فرق بينهما المشذالى أنظر الطرر فى ترجمة بيع الوصى على اليتيم داره اذا وهت أوخشى تهدمها انتهى (تنبيه) وأما ابراء الوصى عنه الابراء العام فقال البرزلى فى آخر مسائل الوكالات انه لا يبرأ الوصى عنه مبارأة عامة وانما يبرأ فى المعينات وفيه أيضا انه لا يجوز اقرار الوصى والاب على الصغير وتقدم فى باب الاقرار عند قول المصنف وان أبرأ فلانا مماله قبله كلام البرزلى فى الابراء العام عن اليتيم (الثانى) قال الوانوغى لو عمل الوصى أو الاب فى أرض الصغير مغارسة لانفسهما كان لهما قيمة عملهما مقلوعا انتهى (الثالث) اذا تجر الوصى بمال اليتيم لنفسه فهل يكون الربح له أو لليتيم أو يفرق بين الملئ فيكون له والمعدم فيكون لليتيم ثلاثة أقوال حكاها المتيطى ونقلها عنه الوانوغى فى الحاشية والذى اقتصر عليه أكثر أهل المذهب ان الربح للوصى وهو الذى عزاه عبد الملك لأكثر أصحاب مالك كما تقدم فى كلام مختصر الواضحة فى التنبيه الثالث من القولة التى قبل هذه ونقله ابن فرحون فى التبصرة والله أعلم (الرابع) قال المشذالى قال الوانوغى لو تجر الوصى فى مال المحجور فربح فلما رشد اليتيم قال للوصى انما تجرت على أن الربح لى وأنكر الوصى فقال ابن عبد السلام القول قول الوصى مع يمينه انتهى وعلى هذا القول فان الربح للوصى (الخامس) قال المشذالى قال الوانوغى لو تسلف الوصى على الايتام حتى يباع لهم فتلف مالهم فلا ضمان عليه المشذالى يريد لا يلزمه ان يغرم ذلك من ماله لمن استسلفه منه وهذا اذا قال للمسلف انما استسلفه للايتام وأما ان لم يقل فالضمان لازم له قاله فى الطرر وكان من حق الوانوغى أن لا يترك هذه الزيادة لاعطاء كلامه سقوط الضمان مطلقا انتهى (السادس) منه أيضا لو كان للايتام اخوة فأنفق الوصى على بعضهم من مال بعض ضمن الوصى لمن أنفق من ماله ورجع بذلك على المنفق عليه انتهى (السابع) قال فى الطرر فى باب زكاة الفطر من بيده مال الصغير من غير ايصاء فليرفع للامام فان أنفقه عليه من غير اذن سلطان قال ابن القاسم يصدق فى مثل نفقة ذلك الصبى وزكاة الفطر قال سند من غير اسراف اذا ثبت ايتمه فى نفقته وحجره فان تصرف فى المال ببيع فخسر أو ببضاعة فذهب كان ضامنا كمن تجر فى مال غيره بغير اذنه فان تلف من غير أن يحركه فلا ضمان عليه انتهى (الثامن) قال فى النوادر فى كتاب البيوع فى ترجمة شراء ماوكل على بيعه أو اسنده اليه أو تسلفه منه ومن الواضحة قال مالك ولا أحب أن يتسلف مما أودع أو كان فيه وصيا انتهى ص ﴿ والاشتراء من التركة وتعقب بالنظر ﴾ ش قال فى الوصايا الاول ولا يشترى الوصى من التركة ولا يوكل ولا يؤمن فان فعل تعقب ذلك انتهى قال القرطبى فى تفسير سورة البقرة فى قوله تعالى ويسئلونك عن اليتامى اختلف هل له أن يشترى لنفسه من مال يتيمه فقال مالك يشترى فى مشهور الاقوال والقول الثانى انه لا ينبغى أن يشترى مما تحت يده شيأ لما يلحقه من التهمة الا أن يكون البيع فى ذلك بيع سلطان فى ملأ من الناس وقال ابن عبد الحكم لا يشترى من التركة ولا بأس أن يدس من يشترى له منها اذا لم يعلم انه من قبله انتهى وقال ابن الفرس فى أحكام

(ولا الشراء من التركة وتعقب بالنظر) من المدونة لا يشترى الوصى لنفسه من التركة ولا يوكل يريد من يشترى له فان فعل تعقب ذلك فان كان فيه فضل كان للايتام (الا كحمارين قل ثمنهما وتسوق بهما الحضر والسفر) من المدونة سأل وصى مالكا عن حمارين من حمر الأعراب فى تركة الميت ثمنهما ثلاثة دنانير تسوق بهما الوصى فى المدينة والبادية فان أخذهما لنفسه بما أعطى فأجاز ذلك واستخفه لقلة الثمن (وله عزل نفسه بعد القبول فى حياة الموصى ولو قبل) * ابن شاس للموصى عزل الوصى وللوصى عزل نفسه بعد القبول فى حياة الموصى * ابن عرفة ظاهر المدونة خلاف هذا

القرآن فى هذه الآية واختلف فى الوصى يشترى من مال يتيمه أو يبيع منه ماله فعندنا انه جائز مالم يحاب ويكره أولا فى ابتداء وانظر بقية كلامه وقال ابن عرفة ومافى وصاياها خلاف مافى استبرائها انتهى والله أعلم ص ﴿ لابعدهما ﴾ ش يعنى انه ليس للوصى أن يعزل نفسه بعد موت الموصى وقبوله هو للوصية وظاهره سواء أقام أحدا عوضه أم لا وهذا هو الظاهر و به أفتى جماعة ومعنى ذلك اذا تبرأ عن الايصاء جملة بحيث انه لم يبق له نظر أصلا و يجوز له ان يوكل على الايتام من يتولى أمورهم بأمره قال الجزيرى فى وثائقه وللوصى أن يوصى بما الى نظره اذا لم يكن معه شريك فى الايصاء وليس له ان يفوض الايصاء الى غيره فى حياته وله ان يوكل من ينظر بأمره انتهى وقال فى المسئلة الثالثة من نوازل عيسى بن دينار من كتاب البضائع والوكالات وسئل عيسى عن الرجل يوكل وكيلا على خصومه وقيام لبنيه أو تقاض ديون أو على وجه من الوجوه كلها فيريد الوكيل أن يوكل غيره على ماوكل عليه من ذلك فى حياة الموكل أو عند موته أيجوز هذا قال لا يوكل وكيلا على ماوكل عليه أحدا غيره وانما يجوز ذلك للوصى أن يوكل فى حياته أو عند موته فتكلم ابن رشد على مسئلة توكيل الوكيل ثم قال وقوله وانما يجوز ذلك للوصى أن يوكل فى حياته وعند موته هو نص قول مالك و جميع أصحابه لا اختلاف بينهم فيه وانما اختلفوا فى الوصيين أو الاوصياء هل لأحدهم أن يوصى بما اليه لشريكه ولغيره أم ليس له ذلك أو له أن يوصى به لشريكه لا الى غيره ثلاثة أقوال قال والاول هو أصح الاقوال وأولاها بالصواب انتهى فقوله انما يجوز للوصى الى آخره معناه يجوز له أن يوكل على مافوض اليه فى حياته وعند موته وقال ابن رشد فى شرح المسئلة العاشرة من رسم الوصايا من سماع أشهب من كتاب الوصايا للوصى أن يوصى بما أوصى به اليه فى حياته و بعد وفاته لا خلاف احفظه فى ذلك انتهى وفى ابن سلمون نافلا عن مسائل ابن الحاج قال اذا أراد الوصى أن يتبرأ من الايصاء الى رجل آخر بعد أن ألزمه فليس له ذلك الا لعذر بين وله فعل ذلك عند حضور موته لانه من أبين العذر وحكى الباجى فى وثائقه ان له أن يوكل غيره فى حياته و بعد مماته ولا يجوز لوكيل القاضى على النظر لليتيم أن يوكل بما جعل اليه أحدا غيره حي أو مات ولا أن يوصى به الى أحد انتهى ونقل البرزلى كلام الباجى ونصه ولا يجوز لمقدم القاضى توكيل أحد بما جعل اليه والوصية به لا فى حياته ولا عند موته انتهى قال فى مختصر المتيطية وللوصى أن يوصى عند الموت بما جعل اليه الى من شاء ان كان منفردا بالنظر و يكون وصى الوصى كالوصى وان أراد الوصى فى حياته أن يجعل مابيده الى غيره لم يكن له ذلك وانما له أن يوكل من ينظر بأمره قاله ابن العطار وغيره وقال ابن زرب له ذلك قيل فان أراد أن يعود فى نظره قال ليس له ذلك لأنه قد تخلى عنه اه وفى مسائل الوصايا من البرزلى وسأل ابن دحون ابن زرب عن الوصى يتخلى عن النظر الى رجل آخر قال ذلك جائز و يتنزل منزلته قيل له فلو أراد العود فى نظره قال ليس له ذلك وقد تخلى منه الى الذى وكل انتهى وفى المتيطية واذا قبلها فى مرض الموت الذى توفى منه أو بعد موته وتولى النظر ثم أراد أن يتخلى فليس ذلك له الا أن يخليه شريكه فى النظر ان كان معه شريك وكان فى الوصية ان من عاقه عائق فالباقى منفرد فان لم يكن فى الوصية هذا الشرط فان القاضى يخليه و يقدم غيره ان كان منفردا وكان معه غيره ولم يكن فى الوصية هذا الشرط اذا ظهر له عذر و وجد من يقوم مقامه وان لم ينعقد عليه التزام فى مرض الموصى ولا نظر بعد موته وأبى النظر فلا يجبر على النظر قال فى أحكام ابن بطال وان أنكر القبول حلف على ذلك و برئ

(لابعدهما) من المدونة اذا قبل الوصى الوصية فى حياة الموصى فلا رجوع له بعد موته (وان أبى القبول بعد الموت فلا قبول له بعده) أشهب لو قبل الوصى الوصية بعد موت الموصى أو جاء منه مايدل على القبول من بيع أو شراء لزمته الوصية ولو امتنع منها فى حياته و بعد موته فلا قبول له بعد ذلك

انتهى وظاهر كلام المصنف أيضا انه ليس له أن يعزل نفسه ولا للقاضي أن يخليه بعد الموت والقبول سواء في حياة الموصي أو بعد موته وهو ظاهر كلام ابن الحاجب قال وليس له رجوع بعد الموت والقبول على الاصح قال في التوضيح ظاهره سواء قبل في حياة الموصي أو بعد موته ونص في المدونة على الاول وأشهب على الثاني قال وسواء قبل لفظا أو جاء منه ما يدل على ذلك من البيع والشراء لهم ما يصلحهم والاقتضاء والقضاء أو غير ذلك قال ابن عبد السلام وقال بعضهم لا فرق بين قبوله بعد الموت وقبله لأن له الرجوع وأخذ من تعليل أشهب رجوعه في الحياة فانه لم يغيره فالزمه اللخمي ان يكون له الرجوع ان قبل بعد الموت لكونه لم يغيره انتهى وذكر البرزلي عن ابن عات عن أبي ورد قال اذا كان قبوله في حياة العاهد فلا يخليه القاضي الا بعد ثبوت عذر يوجب ذلك وان كان قبوله بعد موته فللقاضي ان يخليه بغير عذر وللفرق بينهما شرح يطول وهذا حقيقة الفقه في هذا الفصل (قلت) هو ظاهر قولها اذا قبل الوصي الوصية في حياة الموصي فلا رجوع له بعد وفاته وعليه سئل اذا خلى القاضي الوصي لعذر ثبت له وكان معه في النظر شريك هل يعذر الى شريكه فيما ثبت له من العذر فقال اذا كان قبوله في حياة العاهد فلا بد من الاعذار الى شريكه ثم يعمل بحسب ذلك وان كان قبوله بعد موته حيث يكون للقاضي ان يعقبه دون عذر كما تقدم فانه لا متكلم لشريكه في ذلك فكيف يعذر اليه وله أيضا اذا كان في الوصية من عاقه منها عائق فالباقي منفرد فليس له أن يخليه من غير عذر ولو كان له أن يخليه من غير عذر لكان قوله الان يخليه شريكه معترضا أيضا لأن شريكه لا يخليه انما يخليه الموصي بشرطه في وصية من عاقه عائق فالباقي منفرد انتهى ثم ذكر عن ابن ورد أن العذر لا بد ان يثبت انه مانع له من القيام البتة وأما ان لم يكن الا أنه يشق عليه فلا يخل بمثل ذلك ويكون العذر أيضا طارئا بعد القبول وأما ان كان حال القبول فلا الا أن يثبت انه لا يقدر على القيام فيما أدخل نفسه فيه انتهى ومن هذا المعنى ما وقع في المسئلة الثانية من سماع أشهب من كتاب الوصايا وهي تتضمن فرعا آخر وهو ان للوصي ان يرسل اليتيم الى غير البلد الذي هو فيه اذا كان له فيه مصلحة ونصه قال وسئل يعني مالكا عمن توفي بالمدينة وأوصى الى رجل ان امرأته أولى بولدها ما لم تنكح فارادت امرأته الخروج الى العراق بولدها منه وهناك أهلها فقال ليس لها ذلك فقيل ان لولده ثم ديونا قال ما أرى ذلك لها قيل اذا يهلك ديوانهم وهم صغار قال هذا ان كان هكذا فلينظر في ذلك لليتامى فان رأى ولي اليتيم ان لهم المقام أقاموا وان رأى أن السير أرفق بهم ساروا قال محمد بن رشد هذا كما قال انه ليس للام ان ترحل بولدها الذي في حضانتها عن بلد الموصي عليهم وان كان الاب أوصى انها أولى بولدها ما لم تنكح لأن ذلك من حقها وان لم يوص لها به مع انها لا تغيب به الى بلد آخر عن الوصي الا ان يرى ذلك الوصي أو السلطان نظرا للايتام لئلا يزول بمغيبهم اسمهم عن الديوان الذي كان يرزق عليه أبوهم فتدركهم الضيعة انتهى ويؤخذ من هذه المسئلة جواز تسفير الوصي من في حجره لمصلحة وقد قال في كتاب الوصايا الثاني وان أوصى ان يحج عنه عبد أو صبي بمال فذلك نافذ ويدفع ذلك اليه ليحج به اذا أذن السيد والوالد وان لم يكن للصبي أب فأذن له الولي في ذلك فان كان على الصبي فيه مشقة وضرر وخيف عليه في ذلك ضيعة فلا يجوز اذنه فيه وان كان الصبي قويا على الذهاب وكان ذلك نظرا له جاز اذنه لان الوصي لو اذن له ان يتجر وأمره بذلك جاز ولو خرج في تجارة من موضع الى موضع باذن الولي لم يكن به بأس فكذلك يجوز اذنه في الحج على ما وصفنا وقال غيره لا يجوز للوصي أن يأذن له في هذا قال ابن القاسم فان لم يأذن له وليه وقف المال

(والقول له فى قدر النفقة) من المدونة يصدق الوصى فى الانفاق على الأيتام وان كانوا فى حجره مالم يأت بسرف * ابن عات لانه لو كلف البينة على ذلك لشق عليه وهذا من الأمر الموضوع لذلك قال مالك ان اللقطة تدفع لمن جاء بعلامتها (لا فى تاريخ الموت ودفع ماله بعد بلوغه) وقال مالك لا يقبل قول الوصى فى دفع المال لليتيم بغير اشهاد و يقبل قوله فى النفقة قال عبد الوهاب وفى الجميع هو مدع لاخراج المال عن ذمته * ابن شاس ان نازع الوصى الصبى فى تاريخ موت الاب اذ به تكثر النفقة أو فى دفع المال اليه بعد البلوغ والرشد فالقول قوله اذ الأصل عدم ما ادعاه الوصى واقامة البينة عليه ممكن مأمور به الصبى * ابن شاس

﴿ كتاب الفرائض ﴾

وفيه ستة أبواب الاول فى بيان الورثة والتوريث (٥٠٥) إما بسبب و إما بنسب الباب الثانى فى موانع الميراث وهى ستة الباب الثالث فى أصول الحساب و بيان المخارج الباب الرابع فى حساب مسائل الاقرار والانكار الباب الخامس فى حساب مسائل الوصايا الباب السادس فى حساب المناسخات وقسمة التركات

(باب يخرج من تركة الميت حق تعلق بعين كالمرهون) ابن عرفة أول ما يخرج من كل التركة بعينها الرهن المحوز وأم الولد (وعبد جنى) قال مالك وعبد العزيز ونحوه للمشيخة السبعة واحمد بن عبد العزيز اذا جنى المدبر خير سيده بين أن يفدى خدمته بجميع ما جنى واما أن يسلم خدمته فان مات السيد قبل الوفاء ولا دين على السيد وكان يخرج من ثلثه عتق وأتبع ببقية الجناية وان كان على السيد دين يغترقه فالمجنى عليه أحق برقبته يكون له رقا لا تدبير فيه الا أن يفديه أهل الدين بدية الجناية فيباع لهم (ثم مؤنة تجهيزه) ابن رشد أول ما يخرج من كل التركة الحقوق المعينات مثل الرهن وأم الولد و زكاة ثمر الحائط الذى أزهى و زكاة الماشية اذا مات عند حلولها وفيها الشئ الذى وجب فيها هذه تخرج كلها وان أتت على جميع التركة وأما الحقوق التى ليست بمعينات فآكدها وأولاها بالتبدئة من رأس المال الكفن وتجهيز الميت ثم حقوق الآدميين من الديون (بالمعروف) ابن عرفة يبدأ من مال الميت بحنوطه وكفنه ومواراته بالمعروف (ثم تقضى ديونه) تقدم قول ابن رشد ثم حقوق الآدميين من الديون (ثم وصاياه من ثلث الباقى) ابن عرفة المخرج من الثلث الوصايا وتبرعات مرض موته (ثم الباقى لورثته) قال الراجز ان امرؤ قد قدرت منونه * كفن ثم أديت ديونه

الى بلوغه فان حج به فالارجع ميراثا انتهى وظاهر كلامهم ولو كان فى الطريق بحر وقد تقدم فى باب الحضانة ان الاصح ان للولى ان يسافر بمن فى حجره اذا كانت الطريق مأمونة ولو كان فيها بحر وتقدم هنا أن التجر بمال اليتيم فى البحر والبر جائز مع الامن والله أعلم (تنبيه) تقدم فى باب الحج عن ابن فرحون انه نقل ان للوصى والولى غير المحرمين ان يسافر ابالصبية اذا لم يكن لها أهل تخلف عندهم وكانوا مأمونين و يختلف فيه ان كان للصبية أهل وهو مأمون وله أهل انتهى

ص ﴿ والقول له فى قدر النفقة ﴾ ش قال فى الشامل وصدق فى قدر النفقة دون سرف مع يمينه ان بقى تحت حجره على الاكثر وهل يجاب اذا أراد أن يحسب أقل ما يمكن ولا يحلف أولا بد من يمينه قولان انتهى وأصله فى التوضيح وعزا الاول لابى عمران والثانى لعياض قائلا اذ قد يمكن أقل مما ذكر قال الشارح فى الكبير وهو الظاهر عندى قال ابن غازى قال ابن عبد السلام والقول للوصى فى أصل الانفاق انتهى (فرع) قال فى مختصر النوازل واقرار الرجل فى مرضه ليتيمه بمال يمنع من طلبه بما كان ينفق عليه فى حياته اذ حكم ذلك حكم الاسقاط انتهى يعنى ان الورثة اذا أقر مورثهم بمال ليتيمه فطلبوا اليتيم بما كان مورثهم ينفقه عليه فليس لهم ذلك أنظر نوازل ابن رشد وتقدم لفظ النوازل فى النفقات عند قول المصنف وعلى الصغير ان كان له مال والمسئلة فى مسائل الوصايا من النوازل

ص ﴿ وضمن المال قبل بلوغه ﴾ ش هذا هو المشهور ومقابله لابن عبد الحكم القول للوصى ومنشأ الخلاف قوله تعالى فاذا دفعتم اليهم أموالهم فأشهدوا هل لئلا تغرموا أو لئلا تحلفوا وعلى المشهور اذا قلنا لا يقبل قول الوصى فقال مالك فى الموازية الا ان يطول زمن ذلك كالثلاثين والعشرين سنة يقيمون معه ولا يطلبونه ولا يسئلونه عن شئ ثم يطلبونه فانما عليه اليمين ابن رشد وهو ظاهر قسمة العتبية ووجهه ظاهر لأن العرف يكذبهم وقال ابن زرب اذا قام بعد عشر سنين أو ثمان لم يكن له قبله الا اليمين ابن عبد السلام ومال ابن رشد الى القول الاول خليل و ينبغى ان ينظر الى قرائن الاحوال وذلك يختلف والله أعلم

ص ﴿ باب ﴾

﴿ يخرج من تركة الميت حق تعلق بعين كالمرهون وعبد جنى ثم مؤن تجهيزه بالمعروف ثم تقضى ديونه ثم وصاياه من ثلث الباقى ثم الباقى لوارثه ﴾ ش هذا الباب يسمى باب الفرائض فقوله

باب أى هذا باب يذكر فيه الفرائض وهو الفقه المتعلق بالارث وعلم مايوصل لمعرفة قدر مايجب لكل ذى حق فى التركة فحقيقته مركبة من الفقه المتعلق بالارث ومن الحساب الذى يتوصل به الى معرفة قدر مايجب لكل وارث وبدأ أولا ببيان الحقوق المتعلقة بالتركة ونهايتها خمسة كما ذكره وطريق حصرها اما بالاستقراء وهو الظاهر أو بغيره وفى ذلك طريقان أحدهما ان يقال الحق المتعلق بالتركة اما ثابت قبل الموت أو بالموت والثابت قبله اما ان يتعلق بالعين أولا الاول هو الحقوق المعينة واليه أشار بقوله حق تعلق بعين والثانى الدين المطلق واليه أشار بقوله ثم تقضى ديونه والثابت بالموت اما للميت وهو مؤن تجهيزه أو لغيره وهو الوصية واليه أشار بقوله وصاياه أو هو الميراث واليه أشار بقوله ثم الباقى لوارثه والطريق الثانى ان يقال الحق اما للميت أو عليه أولا له ولا عليه الاول مؤن التجهيز والثانى اما ان يتعلق بالذمة فقط وهو الدين المطلق أولا وهو المتعلق بعين التركة والثالث اما اختيارى وهو الوصية أو اضطرارى وهو الميراث وذكر المصنف هذه الحقوق مرتبة فكل واحد مقدم على مابعده وقوله يخرج من تركة الميت حق تعلق بعين أى بعين من التركة أو بهما جميعا والتركة بفتح التاء وكسر الراء ويجوز تسكين الراء مع فتح التاء وكسرها وهو بمعنى المتروك كالطلبة بمعنى المطلوب وتركة الميت تراثه وهو الميراث وضبطه بعضهم بانه حق قابل للتجزى ثبت لمستحق بعد موت من كان له لوجود قرابة بينهما أو مافى معناها والمراد بالعين الذات ثم مثل للحق المتعلق بالعين بقوله كالمرهون يعنى اذا حيز قبل موت الراهن الحوز الشرعى المتقدم فى باب الرهن وبقوله وعبد جنى جناية أى جناية توجب مالا كالخطا والعمد اذا عفى الولى على مال واستهلاك مال الشخص لم يأتمنه عليه فلو اجتمع فى الجانى رهن وجناية قدم المجنى عليه لانحصار حقه فى عين الجانى فيخير الورثة بين ان يفدوه أو يسلموه فان فدوه بقى رهنا وان أسلموه خير المرتهن بين ان يسلمه للمجنى عليه ويبقى دينه بلا رهن أو يفديه بارش الجناية ثم اذا حل الدين بيع ويبدأ بما فداه به المرتهن فان لم تف قيمته بما فداه لم يتبع الورثة بشئ وان فضل منها شئ أخذ من دينه وما فضل بعد ذلك فللورثة واعلم ان الذى يخرج من التركة قبل وقوع المواريث فيها ينقسم على قسمين أحدهما مايجب اخراجه من رأس المال والثانى مايجب اخراجه من الثلث ومايجب اخراجه من رأس المال مقدم على مايجب اخراجه من الثلث ومايجب اخراجه من رأس المال على وجهين أحدهما حقوق معينة والثانى حقوق ليست بمعينة فأشار المؤلف الى الوجه الاول بقوله يخرج من تركة الميت حق تعلق بعين كالمرهون وعبد جنى قال فى المقدمات بعد ان ذكر التقسيم المتقدم فأما الحقوق المعينة فتخرج كلها وان أتت على جميع التركة وذلك مثل أم الولد والمرتهن والزكاة ثم الحائط الذى يموت عنه صاحبه وقد أزهت ثمرته وزكاة الماشية اذا مات عند حلولها عليه وفيها السن الذى تجب فيها وما أقر به المتوفى من الاصول والعروض باعيانها لرجل أو قامت على ذلك بينة انتهى فهذا ونحوه هو الذى أشار اليه المؤلف بالكاف فى قوله كالمرهون والعبد الجانى مرهون فى جنايته وزاد أبو الحسن والصبرة المبيعة على الكيل انتهى وزاد ابن عرفة وسكنى الزوجة مدة عدتها مسكنها حين موته بملكه أو بنقد كرائه انتهى* وزاد الشيخ يوسف بن عمر فى شرح الرسالة المعتق الى أجل انتهى وهو ظاهر والله أعلم وكذلك الهدى اذا قلده سواء كان تطوعا أو واجبا كما صرح به فى كتاب الحج من المدونة وذكر انه لايرجع ميراثا قال سند ولا يباع فى دين استحدثه بعد التقليد وقال فى رسم العتق من سماع عيسى من كتاب

وبعدذا تنفذ الوصيه
ويقع فى الميراث البقيه

الاضحية انه يباع فى الدين المتقدم وتقدم فى الحج ان السوق فى الغنم يتنزل منزلة التقليد فى غيرها وكذلك الاضحية اذا تعينت امابالنذر أو بالذبح قاله ابن الحاجب وماذكره ابن رشد فى زكاة الحرث ذكره أيضا ابن عرفة وأبو الحسن الصغير واللخمى والمؤلف فى التوضيح فى كتاب الوصايا وتقدم فى هذا الكتاب فى باب الوصايا انها تنفذ من رأس المال ولو لم يوص بها ولكن قيده فى التوضيح فقال الا ان تيبس الثمرة أوتطيب أو بجذها و بجعلها فى الجريب ببلد لاساعى فيها فالظاهر على قول ابن القاسم انه لا يلزم الورثة اخراجها لأنه لو أخرجها أجزأته لأن ذلك كالعين المفرط فيها وأما ان لم تيبس فيجب على الورثة اخراجها لأنه لو أخرج الزكاة قبل الجذاذ لم تجزه ذكره عبد الحق عن ابن مسلمة فى المبسوط قال ومارأيت خلافه انتهى وقد تقدم فى الزكاة خلافه وماذكره ابن رشد فى المقدمات فى زكاة الماشية جعله ابن عرفة أحد الطريقين ونصه أول مايخرج من كل التركة معينا أم الولد والمحوز المرهون وزكاة حب وتمر حين وجوبها وفى كون وجوب زكاة ماشية فى مرضه كذلك طريقان اللخمى كذلك ان لم يكن ساع ابن رشد كذلك ان كان فيها سنها انتهى وفى جعله كلام ابن رشد واللخمى خلافا نظر اللخمى انما أطلق لأنه انماذكر مايخرج من رأس المال ولم يفصل فيه معينا من غيره وابن رشد لما ان ذكر المعينات ذكر منها الماشية التى حل حولها وليس فيها السن الواجب كما سيأتى ان شاء الله وأما تقييد اللخمى ذلك بعدم الساعى فلا يخالف فيه ابن رشد أيضا لان الساعى اذا كان موجودا وحل حول الماشية ومات ربها قبل مجىء الساعى سقطت زكاتها ويستقبل بها الوارث حولا كما تقدم فى باب الزكاة ففى عده كلام اللخمى وابن رشد طريقين نظر لا يخفى والله أعلم ثم أشار المؤلف الى الوجه الثانى وهو الحقوق التى تخرج من رأس المال وليست بمعينة بقوله ثم مؤنة تجهيزه بالمعروف ثم تقضى ديونه قال ابن رشد فى المقدمات وأما الحقوق التى ليست بمعينات فان كان فى التركة وفاء بها أخرجت كلها وان لم يكن فيها وفاء بدىء بالاوكد فالاوكد منها وما كان بمنزلة واحدة تحاصوا فى ذلك فآكد الحقوق وأولاها بالتبدئة من رأس المال عند ضيقه الكفن وتجهيز الميت الى قبره انتهى قال أبو الحسن الصغير لان الغرماء على ذلك عاملوه فى حياته يأكل ويكتسى والكفن وتجهيزه الى قبره من توابع الحياة انتهى وقال فى الرسالة ويبدأ بالكفن ثم الدين ثم الوصية ثم الميراث قال الشيخ يوسف بن عمر يريد آلة الدفن من أجرة الغسال والحمال والحفار والحنوط وغير ذلك والكفن ثلاثة أثواب ولا كلام للورثة فى ذلك ولا للغرماء لان الدفن فى ثوب واحد مكروه انتهى وهذا خلاف المشهور وقد قدم المؤلف انه لا يقضى بالزائد على الواحد ان شح الوارث الا أن يوصى فى ثلثه وقال ابن ناجى أراد الشيخ ان مؤنة الدفن كالكفن وخشونة الكفن و رقته على قدر حاله انتهى وهذا الذى قاله المؤلف فى باب الجنائز وكفن بملبوسه لجمعته وهذا معنى قول المصنف هنا ثم مؤنة تجهيزه بالمعروف ثم قال ابن رشد ثم حقوق الآدميين من الديون الثابتة على المتوفى بالبينة العادلة أو باقراره بها فى صحته أو فى مرضه لمن لا يتهم عليه انتهى وقوله لمن لا يتهم عليه مفهومه انها اذا كانت لمن يتهم عليه لا تنفذ من رأس المال وهو كذلك بمعنى انها لا تدفع للمقر له والا فهى تحسب من رأس المال ولا يكون مايخرج من الثلث الا بعدها ثم ترجع ميراثا قاله فى أول الوصايا من المدونة ونصه واذا أقر المريض بدين وأوصى بزكاة مال فرط فيها وبتل فى المرض ودبر فيه وأوصى بعتق عبد له بعينه وشراء عبد بعينه ليعتق وأوصى بكتابة عبد له وأوصى بحجة الاسلام وبعتق نسمة بغير عينها فالدين تخرج

من رأس ماله وان كانت لمن يتهم فيه وهذا الذي ذكرناه في ثلث ما بقي فان كان الدين لمن يجوز اقراره أخذه وان كان لمن لا يجوز اقراره له رجع ميراثا انتهى وانظر فك الاسير ومدبر الصحة ونكاح المريضة هل يدخلون فيما ذكر من الدين المقر به لمن يتهم وهو الذي يظهر من التوضيح في شرح قول ابن الحاجب في الوصايا ولا مدخل للوصية فيما لم يعلم به أولا يدخلون وهو الظاهر من هذا المحل من المدونة ثم رأينا في ابن يونس في كتاب المدبر ان المدبر في الصحة يدخل في ذلك فيكون فك الاسير المقدم عليه من باب أولى فتأمله والله أعلم قال ابن رشد ثم حقوق الله المفروضات من الزكاة والكفارات على مراتبها والنذور اذا أشهد على نفسه في صحته بوجوب ذلك عليه في ذمته ويبدأ من ذلك في رأس ماله الاوكد فالاوكد كما يبدأ الآكد فالآكد في ذلك اذا فرط فيه في حياته وأوصى به أن يؤدى عنه بعد وفاته وزكاة الماشية اذا مات عند حلولها عليه وليس فيه السن الواجبة فيها تجري في التبدئة مجرى ما لم يخرجه عند حلوله وأشهد به على نفسه في صحته انتهى (قلت) قوله ثم حقوق الله المفروضات من الزكاة والكفارات على مراتبها والنذور اذا أشهد على نفسه في صحته بوجوب ذلك عليه في ذمته مشكل لانه يقتضي ان من فرط في زكاة ماله مدة من الزمان ثم أشهد أنها في ذمته ثم مات انها تؤخذ من رأس المال وكذلك من أشهد ان في ذمته كفارات وانه قد نذر أن يعطى فلانا كذا وكذا الشئ سماه وعينه ثم مات وهو في يده انه يؤخذ من رأس ماله بل لو أشهد انه نذر أن يتصدق على المساكين بكذا وكذا وانه باق في ذمته انه يؤخذ من رأس ماله وقد نص في المدونة وغيرها على انه اذا نذر أن يتصدق على المساكين بجميع ماله يؤمر باخراج ثلث ماله ولا يجبر على ذلك فان كان لا يجبر عليه في حياته فكيف يؤمر الورثة باخراجه من رأس المال وقال البرزلي في أوائل مسائل الهبة من قال لله علي صدقة مالي وثلثه لفلان فيلزمه ما دام حيا فاذا مات بطل لان صدقته وجبت باقتراب فمن شرطها الحوز قبل الوفاة انتهى وقال في باب الزكاة من النوادر وان مات بعد الحوز فاحل ولم يفرط أوقدم عليه فأمر باخراجه في مرضه أو أوصى بذلك فهو من رأس ماله قاله مالك وان لم يوص لم يجبر ورثته وأمروا بذلك وقال أشهب هي من رأس ماله وان لم يوص أولم يفرط وقال أشهب في زكاة الفطر ان من مات يوم الفطر وليلته ولم يوص فهي من رأس ماله وقال ابن القاسم لا تجبر ورثته الا أن يوصي فتكون من رأس ماله انتهى ونقل ابن عرفة كلام ابن رشد وزاد فيه ونصه اثر كلامه المتقدم في الموضعين وأوله كليا مؤنة اقباره ثم دين لآدمي ثم ما أشهد به في صحته فواجب عليه في صحته لله تعالى من زكاة أو كفارات ابن رشد أو نذر (قلت) للباجي عن عبد الحق عن بعض شيوخه نذر الصحة في الثلث فلعل الأول في الملتزم والثاني في الموصى به والا تناقضا ويقدم منها في ضيق التركة المقدم منها في ضيق الثلث وفي كون زكاة عين حلت في مرضه من رأس ماله مطلقا أوان أوصى بها والا أمر الوارث بها ولم يجبر قولا اللخمي مع أشهب وابن القاسم انتهى والثاني مذهب المدونة وهو المشهور كما تقدم ومفهوم قول ابن رشد اذا أشهد في صحته انه لو لم يشهد لم يخرج من رأس المال بل ولا من الثلث وهو كذلك الا المتمتع اذا مات بعد رمي جمرة العقبة فالهدي عند ابن القاسم وهو المشهور من رأس ماله وان لم يوص بها فينبغي أن يجعل رتبته بين حقوق الآدميين وحقوق الله تعالى التي أوصى بها قال في رسم حلف أن لا يبيع سلعة سماها من سماع ابن القاسم من كتاب الحج وسئل عن المتمتع يموت بعرفة وما أشبه ذلك أترى عليه هديا قال من مات قبل رمي الجمرة فلا شئ عليه ومن رمى فاري ان قد وجب عليه الهدي قال عيسى سألت ابن القاسم عن هديه هل من رأس المال أو في ثلثه قال بل في رأس المال وذلك انه لم يفرط وقال

سحنون لا يعجبنى ما قال ولا يخرج من رأس ماله ولا من ثلثه الا أن يشاء الورثة ألا ترى ان من تجب عليه الزكاة قد عرف ذلك ثم يموت ولم يفرط فى اخراجها انه ان أوصى بها كانت من رأس المال وان لم يوص لم تكن فى ثلث ولا من رأس مال الا أن يشاء الورثة ابن رشد انما قال ابن القاسم انه يكون فى رأس المال ان لم يوص به اذا لم يفرط بخلاف الزكاة التى لم يفرط فيها لان الهدى لا يخفى وليس مما يفعل سرا كالزكاة التى يمكن أن يكون لم يوص بها من أجل انه أداها سرا فتفرقة ابن القاسم بين المسئلتين اظهر من مساوات سحنون بينهما ألا ترى انهم لا يختلفون فى وجوب اخراج الزكاة من الزرع الذى يموت عنه صاحبه وقد بدا اصلاحه وان لم يوص باخراجها منه للعلم بانه لم يؤد زكاتها وأشهب يرى اخراج زكاة المال الناض واجبا وان لم يوص باخراجها اذا مات عند وجوبها ولم يفرط انتهى وعزا اللخمى قول ابن القاسم لمحمد قال وعلى هذا من وجب عليه عتق رقبة من ظهار فان لم يفرط أعتق عنه من رأس ماله وان فرط لم يعتق عنها انتهى وهو كلام ظاهر ومثله عتق كفارة القتل وكل ما كان ظاهرا لا يخفى ولم يفرط فيه والله أعلم والى جميع ما تقدم أشار المؤلف بقوله ثم تقضى ديونه لان حقوق الآدميين وحقوق الله يصدق عليها كلها ديون وكذلك عبارة الرسالة ويبدأ بالكفن ثم الدين ثم الوصية ثم الميراث ولهذا قال شارحه الشيخ يوسف ابن عمر ثم الدين الذى بعوض والذى يثبت بالبينة أو باقرار الميت فى صحته أو باقراره فى مرضه لمن لا يتهم عليه ثم الدين الذى بغير عوض مثل الزكاة التى فرط فيها وأقر بها فى صحته والكفارات ثم بعد هذا الوصية انتهى ولكنه ليس فى كلام المؤلف ولا فى كلام صاحب الرسالة ما يدل على ان حقوق الآدميين مقدمة على حقوق الله تعالى وقوله ثم وصاياه من ثلث الباقى يريد وما يخرج مع الوصايا مما هو مقدم عليها كما تقدم ثم الباقى لورثته وانما قدمت الوصية على الميراث لاحتمال أن يبقى من الثلث شئ لهم (تنبيه) قال البرزلى وكان شيخنا الامام رحمه الله يقول من أراد أن يتحيل باخراج ماله بعد موته فليفعل مثل ما ذكر فى هذا القسم انتهى يعنى انه يشهد فى صحته بشئ من حقوق الله تعالى والله أعلم ص ﴿من ذى النصف﴾ ش من الفرضيين من لم يتعرض لعد الوارث وانما يقول الفروض ستة ثم يقول أصحاب النصف كذا وأصحاب كذا كذا الى آخره ومنهم المصنف لكنه لشدة الاختصار لم يعد أولا الفروض بل كلما ذكر فرضا اتبعه باصحابه ومن الفرضيين من يعد الورثة أولا ثم يذكر الفروض كابن الحاجب والله أعلم ص ﴿وعصب كلا أخ يساويها﴾ ش أى عصب كل واحدة من البنت وبنت الابن والأخت الشقيقة والأخت للاب أخ يساويها أى فى الوصف الذى ترث به فيعصب الشقيقة أخ يساويها أى شقيق فتأخذ الثلث ويأخذ الثلث ولا يعصبها الاخ للاب بل تأخذ من فرضها النصف ثم يكون له ما بقى بعد الفروض ويعصب الاخت للاب أخ يساويها أى للاب فتأخذ هى وهو المال للذكر مثل حظ الانثيين كما تقدم فى الشقيقة ولو كان شقيقا لم يعصب التى للاب بل يسقطها ويعصب البنت أخ لها يساويها فى الوصف الذى ترث به وهو البنوة ولا يلتفت لكونه شقيقا لها أو لاب ويعصب بنت الابن أخ يساويها فى كونه ابن ابن سواء كان شقيقا لها أو لأب ويعصبها غيره كما سيأتى فصح قول المؤلف أخ يساويها وكون بنت الابن يعصبها غيره أيضا لا يرد عليه لأن المصنف لم يحصر فسقط قول من قال أما الشقيقة والاخت للاب فيعصب كل واحدة منهما أخوها المساوى لها فى كونهما شقيقين أو لاب وأما بنت الصلب فيعصبها أخوها كيف كان وأما بنت الابن فيعصبها أخوها وابن عمها وقد يعصبها ابن أخيها أو حفيد

(من ذوى النصف الزوج وبنت وابنة ابن ان لم تكن بنت وأخت شقيقة أو لاب ان لم تكن شقيقة) ابن شاس أما الفروض التى هى أصول فستة النصف ونصفه وربعه والثلثان ونصفهما وربعهما فالنصف فرض خمسة الزوج مع عدم الحاجب وبنت الصلب وبنت الابن مع عدمها والاخت للاب والام أو للاب مع عدمها (وعصب كلا أخ يساويها) ابن شاس اذا اجتمع الذكور والاناث من بنى الصلب اقتسموا المال للذكر مثل حظ الانثيين واذا اجتمع الاخوة للاب والام فعلى سبيل ميراث ولد الصلب وأما ولد الابن فميراثهم مع عدم ولد الصلب على سبيل ميراث ولد الصلب وكذلك الاخوة للأب مع عدم الاخوة للأب والام قال الراجز

وهكذا الاناث كلهنه
اخواتهن يعصبونهنه
الا بنات الام الامنهن فقط
إذ كلهم أصحاب سهم مشترط

(والجد) أنظر مامعنى هذا فسيأتى قوله للجد مع الاخوة الاشقاء أولاب الخير من الثلث والمقاسمة فقال فى التلقين و يقاسم اناثهن اذا انفردن للذكر مثل حظ الانثيين كاخواتهن (والاوليان الأخريين) بهرام مراده أن الاخت الشقيقة والتى للأب تعصب كلا من البنات أو بنات الابن قال الراجز والاخوات قد يصرن عصبات * ان كان للميت بنت أو بنات (ولتعددهن الثلثان) قال ابن شاس الثلثان فرض كل اثنين فصاعدا تستحق احداهن اذا انفردت النصف (وللثانية مع الاولى السدس وان كثرن) قال ابن شاس السدس فرض سبعة منهم الواحدة من بنات الابن فأكثر اذا كان هناك بنت الصلب ومنهم الاخت للاب فأكثر مع وجود الاخت الشقيقة (وحجبها ابن فوقها) ابن شاس يحجب بنات الابن الواحد من ذكور ولد الصلب و يسقطن أيضا مع الاثنين فصاعدا من بنات الصلب الا أن يكون

معهن ذكر فى درجتهن أو تحتهن وكذلك الاخوات للاب يحجبهن الواحد من الأشقاء و يسقطن أيضا بشقيقتين اذا لم يكن معهن ذكر (أو اثنتان فوقها الا الابن فى درجتها مطلقا أو أسفل فعصب) هذا مفهوم من كلام ابن شاس قال الراجز

و يحجب البنات ما كثرنا * كل بنات الابن ما بعدنا
الا اذا أدلين بابن ذكر * فيرثون أجمعون ماغبر
وحجبهن عند ذا ينفسخ * سيان فى ذلك ابن عم وأخ
مساو يا لهن فى رتبته * أو نازل عنهن فى نسبته
فان يكن عن قدرهن أعلا * حجبهن أبدا واستولى
ومن ترث فى الثلثين تمنع * وما لها فى الرد بعد مطمع

انظر قوله سيان فى ذلك ابن عم وأخ قال بهرام هذا غنى عنه بقوله مطلقا (وأخت لاب فأكثر مع الشقيقة فأكثر كذلك) تقدم قول ابن شاس وكذلك الأخوات للاب يحجبهن الواحد من الأشقاء و يسقطن أيضا بالشقيقتين اذا لم يكن معهن ذكر (الا أنه انما يعصب الاخ أخته لامن فوقه) معنى ما قرر انه لاشئ للاخوات للاب مع الشقيقتين فأكثر الا أن يكون معهن أخ لاب فيرد على نفسه وعليهن ما بقى للذكر مثل حظ الانثيين ولا يرد علهن ابن الاخ للاب بل يعصب لنفسه خاصة فمن توفيت عن شقيقتين واخوات لاب وابن أخ لاب فلابن الاخ الثلث ولاشئ للاخوات للاب بخلاف بنات الابن مع ابن فى درجتهن أو أسفل منهن فانه يعصبهن اذا كان ثم بنتان فأكثر (والربع للزوج بفرع والزوجة فأكثر) ابن شاس الربع فرض صنفين الزوج مع وجود الحاجب والزوجة أو الزوجات مع فقده (والثمن لها أولهن بفرع) ابن شاس الثمن فرض الزوجة أو الزوجات مع وجود الحاجب (لاحق)

عمها كما يشير اليه بعد فلا يخفاك ما فى كلامه هذا انتهى وقد ظهر لك بيانه والله أعلم (تنبيه) الفرضيون يقولون العصبة ثلاثة أقسام عصبة بنفسه فهم كل ذكر الا الزوج والاخ للام والمعتقة من الاناث فقط وعصبة بغيره وهى أربع البنت فأكثر و بنت الابن فأكثر والاخت الشقيقة فأكثر والأخت للاب فأكثر يعصب كلا من تقدم ذكره ومن يأتى فى بنت الابن وعصبة مع غيره وهى الاخت فأكثر شقيقة أولاب مع البنت و بنت الابن فاشار المؤلف الى العصبة بنفسه بقوله فيما يأتى ولعاصب ورث المال الى آخره وأشار الى العصبة بغيره بقوله وعصب كل أخ يساويها وأشار الى العصبة مع غيره بقوله والاخريين الاوليان ومعنى عصبة بغيره ان سبب تعصيبه كونه مع عصبة غيره ومعنى عصبة مع غيره أى مع كون غيره ليس بعصبة فظهر الفرق بينهما والله أعلم ص * والجد والاوليان الأخريين * ش كذا هو فى بعض النسخ قال ابن غازى وهو الصواب والمعنى ان الجد والاوليين وهما البنت و بنت الابن يعصب كل واحد منهم الأخريين وهما الاخت الشقيقة والاخت للاب فقط ولا يعصب الجد البنت ولا بنت الابن والله أعلم ص * ولتعددهن الثلثان * ش يرد على ظاهر هذه العبارة وعلى قوله بعد والثلثان لذى النصف ان تعددن ان البنت والأخت ترثان الثلثين وهذه العبارة سبقه اليها الحوفى والقاضى والله أعلم ص * الا أنه انما يعصب الاخ أخته لا من فوقه * ش بهذا الاستثناء خلص من الاعتراض الوارد على عبارة الحوفى حيث أطلق وترك هذا الاستثناء فقال ابن عرفة قوله وكذلك الاخوات للاب يؤذن بانهن مع الشقيقات فى كل ما تقدم كبنات الابن مع البنات وليس كذلك فان الاخوات للاب لا يعصبهن ابن أخيهن كما يعصب بنات الابن ابن أخيهن انتهى ص * والربع الزوج بفرع * ش لابد من تقييده بكونه وارثا فلو كان الفرع غير وارث اما لمانع به كالرق والقتل أو لكونه من ولد البنات لم يحجب الزوج الى الربع ولا يقال بأن هذا مستغنى عنه بما هو مقرر بان كل من لا يرث بحال فلا يحجب وارثا لانا نقول لم يذكر المصنف ان الولد يحجب الزوج الى الربع حتى يكتفى بما ذكر بل كلامه فى الحال التى يرث الزوج فيها الربع فذكر ان ذلك اذا لم يكن هناك فرع فلابد من تقييده بما ذكر والله أعلم ص * والثمن لها أولهن بفرع لاحق * ش لو قال وارث لكان أحسن وأشمل لما تقدم فرقه والله

بهرام أماولد المرأة من زنا فيحجب الزوج وأماولد الزوج من زنا فلا يحجب الزوجة فلهذا قال بفرع لاحق (والثلثان لذى النصف ان تعدد) بهرام هذا تكرار (والثلث للام وولديها فأكثر) ابن شاس الثلث فرض صنفين الام مع فقد الحاجب والاثنين فصاعدا من ولد الام اماما كانوا (وحجبها للسدس ولد وان سفل واخوان أواختان مطلقا) ابن شاس النقل من فرض الى فرض يختص بخمسة أصناف منهم الام ينقلها الولد ذكورا كانوا أواناثا وولد الابن ما كانوا والاثنان فصاعدا من الاخوة ذكورا كانوا أواناثا من أى جهة كانوا فيردونها من الثلث الى السدس (ولها ثلث الباقى فى زوج أو زوجة وأبوين) تسمى هذه الفريضة بالغراوين احداهما زوج وأبوان والأخرى زوجة وأبوان فلهما من المتروك فى هاتين ثلث الباقى بعد فرض الزوج أو الزوجة قال الراجز باب بيان بعض ماقد شذا * وكان من تلك الفروض فذا منها فريضتان غراوان * زوج أو العرس ووالدان * للام ثلث فيهما فابقى * سدس وربع منهما لمحقق (والسدس لواحد من ولد الأم مطلقا) ابن شاس السدس فرض سبعة منهم الواحد من ولد الام ذكرا كان أوأنثى (وسقط بابن وابنه وبنت وان سفلت وأب وجد) ابن شاس أماولد الام فيحجبهم عمود النسب الاب والجد والولد وولد الابن (والاب أوالام مع ولد وان سفل والجدة فأكثر) ابن شاس والسدس أيضا فرض الاب مع وجود الولد وفرض الام أيضا مع وجود الولد وهو أيضا فرض الجدة انفردت أو كان معها أخرى تشاركها (وأسقطتها الام مطلقا) قال الراجز والام تحجب جميع الجدات (والاب الجدة من جهته والقربى من جهة الام البعدى من جهة الاب والاشتركتا) ابن شاس تسقط الجدات من أى جهة كن بالام وتسقط التى من جهة الاب به وتسقط البعدى من جهة بالقربى من جهة الام قال الراجز والجدتان فاعلمن ان كانتا * فى رتبة واحدة ورثتا * فان تلك الدنيا التى للام * فتحجب الاخرى كذا فى الحكم وان تلك الدنيا التى هى للاب * فالها فى حجب تلك من سبب (وواحد فروض الجد غير المدلى بانثى) ابن شاس السدس سهم الجد مع الولد وولد الابن وقد يفرض له أيضا مع الاخوة وذوى السهام وقال ابن زكرى الجد يرث بالنسبة وان علا بالاجماع مالم يفضل أنثى (وله مع الاخوة والأخوات الأشقاء أو لاب الخير من الثلث والمقاسمة وعاد الشقيق بغيره ثم رجع كالشقيقة بمالها لولم يكن جد) ابن شاس ان كان الجد مع اخوة أوأخوات أو مجموعهم أو كانوا أشقاء أولاب فانه يأخذ الافضل من الثلث أو المقاسمة لهم ثم حيث قاسمهم على العادة فكان بعض مقاسميه أشقاء وبعضهم للاب رجع الاشقاء على الذين من قبل الاب فيأخذ الذكور كل مافى أيديهم وتستوى الانثى والأنثيان نصيبهن نصفين مثل ذلك انظره فيه (وله مع ذوى فرض معهما السدس أو ثلث الباقى أوالمقاسمة) ابن شاس ان كان مع جد ذوسهام واخوة فانه يعطى الافضل من ثلاثة أشياء السدس من رأس المال أوثلث مابقى بعد ذوى السهام أوالمقاسمة فيه مثال ذلك انظره فيه (ولا يفرض لاخت معه الافى الأكدرية والغراء زوج وجد وأم وأخت شقيقة أولأب فيفرض لها وله ثم يقاسمها) قال فى الرسالة ولا يعال للاخت مع الجد الافى الغراء وحدها وهى امرأة تركت زوجها وأمها وأختها لابوين أولاب وجدها فللزوج النصف وللام الثلث وللجد السدس فلما فرغ المال أعيل للاخت بالنصف

أعلم ص ﴿والثلثين لذى النصف ان تعدد﴾ ش هذا تكرار مع ماتقدم والله أعلم ص ﴿والثلث للام وولديها فاكثر﴾ ش (فرع) قال الباجى فى المنتقى فى كتاب الفرائض وفى كتاب ابن عجلان الفرضى فى الصبى يموت وله أم متزوجة فانه لاينبغى لزوجها أن يطأها حتى يتبين انها حامل أوحائل لمكان الميراث لانها ان كانت حاملا ورث ذلك الحمل أخاه لأمه وقال أشهب لايعزل عنها وله وطؤها فان وضعت بعد موته لاقل من ستة أشهر ورث أخاه وان وضعته لتمام ستة أشهر لم يرثه لانه وان عزل عنها لم يؤمن أن يطرقها ويتسور عليها وهذا اذا لم يكن حملها ظاهرا يوم مات الميت ولو كان حملها ظاهرا لورث أخاه وان وضعته لاكثر من ستة أشهر أوتسع أوأكثر من ذلك وكذلك ان كان زوجها غائبا غيبة بعيدة لايتهيأ له الوصول اليها فانه يرث أخاه وان ولدلا كثر من تسعة أشهر انتهى ونقله القرافى فى الذخيرة مختصرا فاجحف فيه وقال ابن يونس روى عن على وعمر بن عبد العزيز ان مات ولامه زوج غير أبيه ان زوجها يعتزل عنها حتى يستبرئها بحيضة ليعلم انها حامل أم لا احتياطا للميراث فان لم يعتزلها أوقال اعتزلتها فلم تصدقه الورثة فاتفق العلماء انها ان ولدت لأقل من ستة أشهر ورثه أخوه للأم إلا أن يكون للميت من يحجبه فان ولدت لستة أشهر فاكثر لم يرثه الا أن تصدقها الورثة انها كانت حاملا يوم مات ابنها أو يشهد بذلك امرأتان فصاعدا انتهى ص ﴿والاب أوالام مع ولد وان سفل﴾ ش يعنى ان السدس

ثلاثة ثم جمع اليها سهم الجد فقسم ذلك بينهما على الثلثين له والثلث لها فتبلغ سبعة وعشرين سهما (وان كان محلها أخ لاب ومعه اخوة لام سقط) انظر ان لم يكن هنا أخت شقيقة فهي الفريضة المالكية وهي زوج وأم وجد واخوان لام واخوان لاب وأما الفريضة التي تسمى الشبيهة بالمالكية فهي أن يكون مكان الاخ للأب أخ شقيق وأشهر قولي مالك ان الجد حجب الاخوة في المسئلتين ومن ابن يونس الحجة بالنسبة الى الأشقاء ان الاخوة للام لا يرثون مع الجد والاخوة الأشقا انما يرثون في هذه المسئلة بسبب الام والجد يحجب كل اخ يرث بسبب الام وأما الذين للاب فيقول لهم الجد أرأيت لو لم أكن معكم أكان يكون لكم شئ فيقولون لا فيقول لهم ليس حضوري بالذي يوجب لكم شيأ لم يكن قال ابن يونس وهذا القول عندي انما يجري على قول ابن مسعود في بنتين وبنت ابن وابن ابن والصواب أن يرثوا مع الجد كانوا أشقاء أو لاب ويقولون له أنت لا تستحق شيأ من الميراث الا شاركناك فيه فلا تحاسبنا بل لو لم تكن فانك كائن بعد ولو لزم ماقلته للزم في بنتين وبنت ابن وابن ابن أن لا ترث ابنة الابن مع ابن الابن شيأ ويحتج بمثل احتجاجك أن يقول أرأيت لو لم أكن أكان يكون لك شئ فليس كوني موجبا لك شيأ لم يكن ولكن الحجة لها أن تقول له أنت لا تستحق شيأ من الميراث الا كان لي مثل نصف مالك لان منزلتنا واحدة فلا تحاسبني بأنك لم تكن فأنت كائن وهذا قول الجماعة الا ابن مسعود اه يبقى النظر هل يبقى مالك على أصله أو يرجع لقول الجماعة في مسئلة استفتيت فيها قلت فيها مانصه سئلت عمن مات عن جد وأخت شقيقة وأخوين لاب وأخ لام فظهر لي ببادي الرأي قبل مراجعة الفقه انه اذا أخذت الشقيقة نصفها وأخذ الجد ثلثه الذي هو الأرجح يبقى السدس هو فرض الاخ للام فيكون الجد أولى به كالمالكية فعرضت ماظهر لي على السيد قاضي الجماعة أبي عمر بن منظور فلم يوافقني وذلك غدوة يوم ثم اجتمعت به عشية ذلك اليوم جمع قدر فقال لي على البديهة بذكاء وفضل وجودة قريحة خالفك أبو عمر ابن منظور وناولني تقييدا فيه بخطه في النازلة فضمنه ومضمن مالابن عرفة ان للفرضيين في هذه المسئلة طريقين الطريقة الاولى ما كان مالك يلزمه أن يقول بها إذ لا فرق بينها وبين المالكية وهي طريقة أبي زيد السهيلي عليها بنى مسائل الجد واعتمدها أيضا صاحب نهاية الفرائض للمهدوي وأتى بها في معرض الاحتجاج للمالكية وقدم ابن عرفة هذه الطريقة في العزو وقال انها ظاهر الموطأ لقوله الجد أولى بما للاخوة للام لانهم سقطوا من أجله والى هذه الطريقة أيضا ذهب صاحب كتاب غنية الباحث أبو عمر ابن منظور الطريقة الثانية عزاها ابن عرفة للقرافي عن المذهب مع شرح الرسالة لعبد الوهاب ولم يعز ذلك لغيرهما وعزاها ابن زكريا لابن خروف ورشحها بما يقتضي أن يكون مختاره في المالكية مختار ابن يونس وهو لم يختره (ولعاصب ورث المال أو الباقي بعد الفرض وهو الابن ثم ابنه) ابن شاس المستحق للميراث بالنسب بغير واسطة البنون والبنات والآباء والأمهات والمستحق الميراث بواسطة بينه وبين الميت أربعة أصناف الاول ذكور ينسبون بذكور وهؤلاء هم العصبة كبني البنين وان سفلوا وآباء الآباء وان علوا والاخوة وبنيهم وان بعدوا والأعمام وبنيهم وان بعدوا (وعصب كل أخته) بهرام هذا تكرار (ثم الاب) ابن زكريا الأب لا يسقطه حجب فان انفرد فله المال وان كان مع ذي فرض غير البنات وبنات الابن فله الباقي تعصيبا وان كان مع ابن أو ابن ابن أو الفرض المستغرق أو القليل فله السدس فرضا وان كان مع بنات أو بنات ابن فالسدس فرضا والباقي تعصيبا (ثم الجد)

فرض كل واحد من الاب والام مع الولد أو ولد الابن وان سفل سواء كان ذكرا أو أنثى أما الام فحالها معلوم مما تقدم وأما الاب فله ثلاث حالات حالة يرث فيها بالفرض فقط وحالة بالتعصيب فقط وحالة يجمع بينهما فالاولى اذا كان معه ابن أو ابن ابن أو بنت أو بنات ومع البنت والبنات أصحاب فروض يستغرقون التركة أو يفضل منها قدر السدس أو أقل من السدس والحالة الثانية اذا لم يكن معه ولد ولا ولد ابن لا ذكرا ولا أنثى فيرث المال جميعه بالتعصيب ان انفرد أو الباقي بعد أصحاب الفروض والحالة الثالثة اذا كان معه بنت أو بنت ابن أو بنتان فاكثر أو بنتا ابن فاكثر وضابطها أن يكون معه من البنات أو بنات الابن أو منهما ما يأخذ الثلثين أو النصف فيأخذ السدس فرضا عملا بقوله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس والباقي عصوبة لحديث فما بقي فلاولى رجل ذكر انظر شرح الشيخ زكرياء الكبير على الفصول والجزولي الكبير والضابط المذكور مأخوذ من كلام ابن الهائم في الفصول وينبغي أن يزاد فيه فيقال وضابطه أن يكون معه من البنات أو بنات الابن أو منهما أو من أحدهما وصاحب فرض ما يفضل عنهم أكثر من السدس ليشمل نحو بنت وأبوين فتأمله والله أعلم ص ﴿وان كان محلها أخ لأب ومعه أخوة لأم سقط﴾ ش أي لو كان

ابن زكريا لايحجب الجد الا الاب أوجد أقرب وحالاته سبع أربع كالأب والخامسة مع اخوة أشقاء أولاب التخيير فى الثلث أو المقاسمة والسادسة معهم ومع ذى فرض التخيير فى السدس أوثلث الباقى عن الفرض أو المقاسمة الا فى الأكدرية وللسابعة بعضه فى مقاسمة الأشقاء ذكور واناث بعدهم للأب وأم لم يرثوا (والاخوة للاب كما تقدم ثم الشقيق) قال ابن الشاط صنف الوارثين ستة عشر فذكر الاب ثم الجد ثم الشقيق ثم لاب * ابن زكرياه ميراث الاخ الشقيق بالقرآن ويسقطه الفرض المستغرق والاب ويسقطه الجد فى غير الشبيهة بالمالكية ويسقطها أيضا الابن وابن الابن ثم اذا ورث فان انفرد فله المال والباقى تعصيبا (ثم الاب وهو كالشقيق فى عدمه) ابن زكرياء الاخ للاب يسقط الشقيق ومن حجبه وشقيقه فأكثر مع بنت وبنت ابن فأكثر وحالاته كالشقيق فى غير المشتركة ويزيد بحالة أخرى الباقى مع الشقيقة مطلقا أو الشقيقات فى غير العادة (الا فى الحمارية والمشتركة زوج وأم أوجدة واخوان فصاعدا لام وشقيق وحده أومع غيره فيشاركون الاخوة للام والذكر كالانثى) تقدم قول ابن زكران والأخ للاب يخالف الاخ الشقيق فى المشتركة وتسمى أيضا الحمارية وهى زوج وأم أوجدة وأخوان لام فازاد شقيق وأح فازاد أصلها من ستة للزوج النصف وللام السدس وللاخوات للام الثلث نفد المال ولم يبق للشقيق شئ فيرجع الشقيق على الاخوة للام ويقول انماورثتم هذا الثلث بامكم وهى أمى فيقاسم فيه على انه أخ لأم ويذكر ذكر أبيه للضرورة قيل لماوقعت هذه المسئلة زمن عمر قضى باسقاطهم ثم نزلت به مرة أخرى فاراد اسقاطهم فقال له الشقيق هؤلاء استحقوا الثلث بامهم وهى أمنا أيضا فهب أن أبانا كان حمارا أليست الام تجمعنا فقضى بينهم بالاشتراك فقال ذلك على ماقضينا وهذه على مانقضى وتسمى أيضا المشتركة لاشتراكهم فيها (وأسقط أيضا الشقيقة التى كالعاصب لبنت أو بنت ابن فاكثر) تقدم قول ابن زكريا ان الاخ للاب يسقطه شقيقته فاكثر مع بنت أو بنت ابن فاكثر (ثم بنوهما) ابن زكريا ميراث ابن الاخ وان سفل بالسنة والاجماع ويسقطه ابن أخ أعلى والاخ للاب ومن حجبه والجد وأخ لاب فاكثر مع البنات وميراث ابن الاخ للاب وان سفل بهما ويسقطه أعلا منه وابن أخ شقيق فى درجته ومن حجبه (ثم العم الشقيق ثم للاب ثم عم الجد الاقرب فالاقرب وان غر شقيق وقدم مع التساوى الشقيق مطلقا) ابن زكريا ميراث العم بالسنة والاجماع ويسقطه ابن الاخ للاب وميراث ابن العم وان سفل بهما ويسقطه أعلا منه والعم ومن حجبه وميراث أخى الجد بهما ويسقطه ابن العم ومن حجبه وميراث ابن أخى الجد وان سفل بهما ويسقطه أعلامنه وأخو الجد ومن حجبه وذو القربتين منهم يسقط ذا القربة عند استواء المرتبة وعبارة غيره الاقرب ولو كان ذاقربى يحجب الابعد ولو كان ذاقربتين وحالات كل واحد أربع الحال بالانفراد والمقاسمة بالسواء فى التعدد وفيما بقى الحالتان (ثم المعتق كما تقدم) ابن زكريا ميراث مولى النعمة بالسنة ويسقط بذى نسب وميراث مولى الولاء بهما ويسقط بهما وحالاتهما أربع المال فى الانفراد والمقاسمة بالسواء فى التعدد وفيما بقى الحالتان (ثم بيت المال ولا يرد ولا يدفع لذوى الارحام) قال ابن الشاط وكذلك بيت المال عند عدم العصبة والموالى قال ابن علاق يعنى ان بيت المال عند عدم العصبة كالعصبة يأخذ جميع المال ان لم يكن وارث أومابقى بعد الفروض قال وفى هذا الاصل اختلاف قد قال أشهب لابد لكل ميت من وارث بعينه فيوقف فان يئس منه تصدق به على ذمته ولا يكون فيئا وقال اسماعيل القاضى يجعل فى بيت المال قال ابن الكاتب وهذا أصح ويلزم أشهب ان لاميراث للموالى

موضع الاخت الشقيقة أو الاب أخ لأب ومعه اخوة لأم فليست باكدرية وذلك ان الام قد حجبت للسدس بتعدد الاخوة فللزوج النصف وللام السدس وللجد السدس واختلف فى السدس الباقى فقيل يأخذه الاخ للاب والمشهور ان الجد يأخذ الجميع ويسقط الاخ للاب لان الجد يقول للاخ للاب أرأيت لولم أكن معكم أكان يكون لك شئ فيقول لا وذلك لان الاخوة للام انما يسقطون بوجوده ولولم يوجد لكانوا أصحاب فروض يعال لهم ان تعددوا ويأخذون السدس ان لم يتعددوا ويسقط معهم الاخوة للاب فيقول الجد للاخوة للاب ليس وجودى بالذى يوجب لكم شيئا لم يكن لكم وتسمى هذه بالمالكية ص ﴿ والمشتركة ﴾ ش يقال فيها مشتركة بتاء فوقيه بعد الشين كما ذكره القرافى فتكون من الاشتراك ويقال لها المشركة بلا تاء بفتح الراء المشددة أى المشرك فيها بحذف الجار والمجرور ويقال أيضا بكسر الراء انتهى بالمعنى من شرح الفصول لشيخنا زكرياء وقريب منه فى القاموس فليحرر والله أعلم ص ﴿ ثم بيت المال ولا يرد ولا يدفع لذوى الارحام ﴾ ش يعنى انه اذا لم يكن للميت من يرثه من النسب ولا من يرثه بالولاء فاله لبيت مال المسلمين

وقال الطرطوشي مافضل عن ذوى الفروض يرد لبيت المال قال بعض أصحابنا هذا ان كان الامام عدلا والارد الفاضل عن ذوى السهام عليهم ويورث معهم ذوو الارحام واذا فرضنا على القول بانه يوضع فى بيت المال فهل يكون بيت المال حينئذ كوارث قائم النسب أو انما هو كالحائز للمال الضائع بنى بعضهم على بعض هذا بان من أوصى بماله كله ولا وارث له فقال مالك لا يجوز له ذلك أنظر نوازل البرزلى ابن عرفة أوصى بماله كله فلما توفى رفع أمير المؤمنين أبو فارس الى قاضى الجماعة فاجتمعنا ورد القاضى ما زاد على الثلث محتجا بأن عمل القضاة عليه وهو مشهور مذهب مالك ووافق على ذلك من حضر وأنا معهم وهذا بين لان أبا فارس أعدل أمراء وقته وانه فى وقته كعمر بن عبد العزيز فى وقته على نسبة كل زمن وأهله ابن علاق ويبنى على ذلك أيضا الاقرار بوارث فقال ابن القاسم يرثه ان لم يكن له وارث معروف وقال سحنون وبيت المال كالنسب القائم فلا ميراث للمقر به (ويرث بفرض وعصوبة الأب ثم الجد مع بنت وان سفلت) تقدم عند قوله ثم الأب ان له مع البنات وبنات الابن السدس فرضا والباقى تعصيبا وتقدم عند قوله ثم الجد ان حالته فى ذلك حالة الاب

وقد أطلق رحمه الله فى بيت المال ولم يقيده بما اذا كان الوالى يصرفه فى مصارفه وكأنه رحمه الله تبع ظاهر كلام ابن الحاجب حيث قال وان لم يكن وارث فبيت المال على المشهور وقيل لذوى الارحام وعن ابن القاسم يتصدق به الا أن يكون الوالى كعمر بن عبد العزيز فاطلق فى القول الاول الذى جعله المشهور ان بيت المال وارث ولم يقيده بما اذا كان الوالى يصرفه فى مصارفه بل ظاهر كلامه ان التقييد بذلك خلاف المشهور وقبل ابن عبد السلام كلامه وكذلك الشيخ خليل فى التوضيح وتبعه على ذلك فى مختصره فاطلق ان بيت المال وارث والذى ذكره غير واحد من أهل المذهب ان بيت المال وارث اذا كان يصرفه فى وجوهه قال الباجى فى المنتقى فى الكلام على الوصايا مسئلة من مات ولا وارث له فقد روى محمد عن أبى زيد عن ابن القاسم يتصدق بما ترك الا أن يكون الوالى يخرجه فى وجهه مثل عمر بن عبد العزيز فليدفع اليه وكذلك من أعتق نصرانيا فمات النصرانى ولا وارث له فليتصدق بماله ولا يجعل فى بيت المال ووجه ذلك ان الوالى ليس له أن يستبد به ولا يصرفه فى غير وجوه البر فاذا كان ممن لا يصرفه فى وجوه البر ساغ لمن كان بيده أن يصرفه فى وجوه البر انتهى ولم يحك فى ذلك خلافا ثم قال مسئلة ومن أوصى له من لا وارث له بجميع ماله فقد قال مالك يجزئه أن يتصدق بثلثه فقال ابن المواز يتصدق بجميع ذلك على المسلمين لا عن الميت ووجه ذلك ان ملك الموصى قد زال عن ثلثى ماله بالموت الى وارث معين فان كان معينا دفع اليه وان كان غير معين تصدق به عمن صار اليه اه وذكر ابن يونس فى أواخر كتاب الوصايا الاول كلام ابن القاسم المتقدم واقتصر عليه وكذلك ابن رشد فى سماع أبى زيد من كتاب الوصايا ولم يذكر فى ذلك خلافا وقال ابن عرفة بعد ذكر كلام ابن الحاجب قال أبو عمر فى كافيه من لم يكن له عصبة ولا ولاء فبيت مال المسلمين اذا كان موضوعا فى وجهه ولا يرد الى ذوى الارحام ولا الى ذوى السهام قال ابن عرفة قلت وقال الطرطوشى فى تعليقته انما يكون لبيت المال فى وقت يكون الامام فيه عادلا والا فليرد الى ذوى الارحام الباجى فى كتاب الوصايا لمحمد عن أبى زيد عن ابن القاسم من مات ولا وارث له يتصدق بما ترك الا أن يكون الوالى يخرجه فى وجهه مثل عمر بن عبد العزيز فليدفع اليه وكذا من أعتق نصرانيا ومات النصرانى ولا وارث له تصدق بماله ولا يجعل فى بيت المال وحكاه الصقلى وقاله ابن رشد فى سماع أبى زيد وقال اللخمى من أوصى بكل ماله ولا وارث له قيل ليس له ذلك وقيل وصيته ماضية هذا ان أوصى به للأغنياء أو فيما لا يصرفه فيه الامام أو وليه ولو جعله فى الفقراء وفيما لو رفعه الى الامام لقضى فيه بمثل ذلك لم تغير وصيته لانه فعل صوابا ولا اختلاف فى ذلك واختلف ان مات عن غير وصية هل هو كالفىء يحل للأغنياء أو يقصر على الفقراء انتهى وقال ابن عسكر فى عمدته المذهب ان ما أبقت الفروض يكون عند عدم العصبة لبيت المال وانه وارث من لا وارث له فان لم يكن فللمسلمين ولا يرد على ذوى السهام ولا يرثه ذوو الارحام وقيل بل يرث بالرد وبالرحم انتهى وقال فى الارشاد والمذهب أن ما أبقت الفروض فلاولى عصبة فان لم يكن فللموالى فان لم يكن فلبيت المال فان عدم فللفقراء والمساكين لا بالرد ولا بالرحم وورثهما المتأخرون انتهى وذكر الشيخ سليمان البحيرى فى شرح الارشاد عن المعتمد نحو عبارة العمدة ثم قال وحكى صاحب عيون المسائل اتفق شيوخ المذهب بعد المائتين على توريث ذوى الارحام والرد على ذوى السهام انتهى وقوله فى

الارشاد فان عدم أشار التتائى فى شرحه ان المراد بذلك أن لايصرف فى وجوهه فتأمله وقال ابن يونس فى كتاب الفرائض فى باب الرد أجمع المسلمون انه لايرد على الزوج والزوجة وان الباقى بعد فرضهما على مذهب من لايورث ذوى الارحام لبيت مال المسلمين أو للفقراء والمساكين وعلى مذهب من يورث ذوى الارحام يكون الباقى بعد فرض الزوجين لذوى الارحام انتهى وقال فى باب الاقرار بوارث وانه لايرد بذلك الاقرار بل ان كان له وارث معروف فالمال له وان لم يكن فالمال لبيت المال وانما استحب فى زماننا هذا اذا لم يكن له وارث معروف فان المقر له أولى من بيت المال اذ ليس ثم بيت المال للمسلمين يصرف ماله فى مواضعه انتهى وقال فى باب توريث ذوى الارحام قال اسمعيل القاضى متى كان للميت عصبة من ذوى الارحام فهم أولى فان لم يكونوا فالولاء فان لم يكن ولاء فبيت مال المسلمين قال ابن يونس فان لم يكن بيت مال فاولو الارحام لما فى ذلك من الآثار المتقدمة لاسيما اذا كانوا ذوى حاجة فيجب اليوم أن يتفق على توريثهم وانما تكلم مالك وأصحابه اذا كان للمسلمين بيت مال لان بيت المال يقوم مقام العصبة اذا لم يكن عصبة ألا ترى ان الرجل لو قتل قتيلا خطأ ولم يكن له عصبة ولا موالى وجب أن يعقل عنه من بيت المال فكذلك يكون ميراثه لبيت المال واذا لم يكن بيت مال أو كان بيت مال لايوصل اليه شئ منه وانما يصرف فى غير وجهه فيجب أن يكون ميراثه لذوى رحمه الذين ليسوا بعصبة اذا لم يكن له عصبة ولا موالى والى هذا رأيت كثيرا من فقهائنا ومشايخنا يذهبون فى زماننا هذا ولو أدرك مالك وأصحابه مثل زماننا هذا لجعل الميراث لذوى الارحام اذا انفردوا والرد على من يجب له الرد من أهل السهام انتهى وقال الشيخ زروق فى شرح الارشاد قال الشيخ أبو محمد بن أبى زيد من لم يكن له عصبة ولا ولاء فبيت مال المسلمين اذا كان موضوعا فى وجهه ولا يرثه ذوو الارحام ولا يرد على ذوى السهام انتهى وقال ابن الفرس فى أحكام القرآن فى سورة النساء فى قوله تعالى وان كانت واحدة فلها النصف ان ما فضل عن الورثة يكون لبيت المال فان لم يكن بيت مال المسلمين فالى الفقراء انتهى وقال ابن ناجى فى شرح الرسالة فى آخر باب زكاة العين والحرث فى شرح قوله وفى الركاز الخمس وهو دفن الجاهلية الخمس على من أصابه مانصه فان كان الامام عدلا دفع الواحد الخمس له يصرفه فى محله وان كان غير عدل فقال مالك يتصدق به الواجد ولا يرفعه الى من يعبث به وكذلك العشر وما فضل من المال على الورثة ولا أعرف اليوم بيت مال وانما هو بيت ظلم انتهى فكلامهم فى هذه المواضع كلها يبين أن بيت المال فى زماننا هذا معدوم والله أعلم (فرع) اذا كان الوارث هو بيت مال المسلمين فمات شخص فى بلد وخلف فيه مالا وخلف فى بلد آخر مالا وليس له وارث الا جماعة المسلمين فقال فى الفصل السادس من مفيد الحكام فى الوصايا ومن الخمسة لاصبغ وهى أيضا فى السليمانية واذا مات الرجل فى بلد وخلف فيه مالا وخلف أيضا فى بلد أخرى وفى بلد سواه مالا غيره ولم يكن له وارث الا جماعة المسلمين فان عامل البلد الذى مات فيه وكان مستوطنا به أحق بميراثه مات فيه أو فى غيره كان ماله فيه أو فيما سواه من البلاد انتهى والظاهر أن قوله وفى بلد سواه تكرار وان قوله مات فيه زائد والله أعلم وفى أجوبة ابن رشد وسئل عمن مات فى بلد وخلف فيه مالا وفى بلد آخر مالا وليس له وارث الا جماعة المسلمين وليس أحد البلدين له وطنا وأراد صاحب البلد الذى مات فيه أخذ المال الذى خلفه فى البلد الثانى ومنعه صاحبه هل له ذلك أم لا وكيف ان كان البلد الذى مات فيه وطنا أو الذى لم يمت فيه فاجاب عامل البلد الذى فيه استيطان المتوفى أحق بقبض ميراثه مات فيه أو فى

(كابن عم أخ للام) ابن علاق أسباب الارث قرابة ونكاح و ولاء وقد تجتمع أو بعضها فى الشخص الواحد كمن اشترى بنت عمه وأعتقها وتزوجها لكن لا يرث هنا بالولاء لانه محجوب والاخ للام ان كان ابن عم فانه يرث بالفرض والتعصيب وكذلك الزوج ان كان ابن عمه أو مولى وكذا البنت اذا اشترت أباها وأخاها فانها ترث بالفروض والتعصيب قال الراجز

فصل وكل ذكر فعاصب * يحوى جميع المال أم لازب
الا أخا لأم أو زوجا فلا * يستوفيان فرضا حصلا
الا اذا كلاهما كان ابن عم * فانه قد خص فى ذاك وعم
وقد يكونان جميعا موليين * فيرثان فاعلمن بالجهتين
وهكذا مثلهما أب وجد * مع ذى السهام لا مع الولد

(وورث ذو فرضين بالاقوى وان اتفق فى المسلمين كام و بنت أخت) ابن شاس اذا اجتمع فى الشخص الواحد سببان يورث بكل واحد منهما فرضا مقدرا فانه يرث باقواهما ويسقط الأضعف سواء اتفق ذلك فى المسلمين أو فى المجوس وذلك الام أو البنت تكون أختا ولا يلزم على ماقلناه ابن العم يكون أخا لام لانه بكونه ابن العم لا يرث فرضا مقدرا وانما يرث بالتعصيب ابن علاق فلو تزوج مجوسى بنته فولد له منها بنت فان ماتت العليا فترثها السفلى بالبنوة ولا ترثها بالاخوة وان ماتت السفلى فان العليا ترثها بالامومة وتلغى الاخوة (ومال الكتابى الحر المؤدى للجزية لاهل دينه من كورته) ابن شاس انما يكون ميراث من مات من أهل الذمة ولا وارث له من أهل دينه من المسلمين ولا يجاز له من وصيته أكثر من الثلث اذا كان من أهل العنوة أو من أهل الصلح والجزية على جماجمهم وان كان من أهل الصلح والجزية مجملة عليهم لا ينقصون منها بموت من مات ولا بعدم من أعدم فميراثه لاهل دينه قاله ابن القاسم (والأصول اثنان وأربعة وثمانية وثلاثة وستة واثناعشر وأربعة وعشرون فالنصف من اثنين والربع من أربعة والثمن من ثمانية والثلث من ثلاثة والسدس من ستة والثمن من أربعة وعشرين) ابن شاس ان اشتملت المسئلة على ذى فرض مقدر فالاصول التى تنشأ عنها مسائل الفرض (٤١٦) على قول المتقدمين سبعة أعداد الاثنان وضعفهما وهو الاربعة وضعفها وهو الثمانية والثلاثة وضعفها وهو الستة وضعفها وهى

غيره كان ماله فيه أو فيما سواه من البلاد ذكره فى مسائل المواريث ص ﴿ كابن عم أخ لام ﴾ ش يعنى اذا اجتمع فى شخص سهمان أحدهما بالفرض والآخر بالتعصيب فانه يرث بهما

الاثناعشر وضعفها وهو الاربعة والعشرون ولا مخرج لها عند المتقدمين سوى هذه ومقصود الفرضيين بتحرير هذه المخارج شيئان أحدهما قسمة السهام على أعداد صحاح من غير كسر والثانى طلب أقل عدد تصح فيه فيعولون عليه فالاثنان لكل مسئلة اشتملت على نصف ونصف كزوج وأخت أو على النصف ومابقى كزوج وأخ والاربعة لكل فريضة اشتملت على أربع ومابقى كزوج وابن أو ربع ونصف ومابقى كزوج وبنت وأخ أو ربع وثلث مابقى كزوجة وأبوين والثمانية لكل فرض فيها ثمن ومابقى كزوجة وابن أو ثمن ونصف ومابقى كزوجة وبنت وأخ وأما الثلاثة فلكل فريضة فيها ثلث وثلثان كاخوة لام وأخوات شقائق أو لاب أو ثلث ومابقى كام وأخ أو ثلثان ومابقى كبنتين وعم والستة لكل فريضة فيها سدس ومابقى كجدة وابن أو سدس وثلث ومابقى كجدة وأخوين لام وأخ لأب أو سدس وثلثان ومابقى كام وبنتين وأخ أو نصف وثلث ومابقى كاخت وأم وابن أخ والاثناعشر لكل فريضة فيها ربع وثلث ومابقى كزوجة وأم وأخ أو ربع وسدس ومابقى كزوج وأم وابن أو ربع وثلثان ومابقى كزوج وبنتين وأخ والأربعة وعشرون لكل فريضة فيها ثمن وسدس ومابقى كزوجة وأم وابن أو ربع وثمن وثلثان ومابقى كزوج وبنتين وأخ ولا يتصور اجتماع الثمن والثلث (وما لا فرض فيها فأصلها عدد عصبتها وضعف للذكر على الأنثى) ابن شاس المسئلة الواقعة ان تجرد فيها العصبة فالعدد الذى تصح منه المسئلة يؤخذ من أعدادهم فان تمحضوا ذكورا فالمسئلة تقام من عدد رؤسهم وان كانوا ذكورا واناثا فمن عدد الاناث وضعف عدد الذكور لان الذكر فى التعصيب باثنين (وان زادت الفروض أعيلت) قال الراجز

وان تكاثرت على المال الفروض * ولم يكن بكلها له نهوض
فذاك ما ينشأ منه العول * حسبما يكون فيه القول

قال ابن شاس غير العائلة من هذه الاصول الاثنان والثلاثة والاربعة والثمانية والعائلة منها هى الستة وضعفها وضعف ضعفها (فالعائل الستة لسبعة وثمانية وتسعة وعشرة) ابن شاس تعول الستة بسدسها الى السبعة كاخوات الأب وأخوات الام وجدة وبثلثها الى ثمانية كزوجين وأختين لاب وأخت لأم و بنصفها الى تسعة كزوج وأختين لأب وأختين لام و بثلثين الى عشرة كزوج وأختين لام وجدة

(والاثناعشر لثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر) ابن شاس أما الاثناعشر فتعول بالاوتار دون الاشفاع فتعول بنصف سدسها الى ثلاثة عشر كزوجة وأختين شقيقتين وأخ لام وبربعها الى خمسة عشر كاخوات لاب وأخوات لام وزوجة وبربعها وسدسها الى سبعة عشر اذا زيد فى المثال جدة وهو نهاية عولها (والاربعة والعشرون لسبعة وعشرين وهى المنبرية زوجة وأبوان وابنتان لقول على رضى الله عنه صار ثمنها تسعا) ابن شاس وأما الاربعة والعشرون فتعول بثمنها الى سبعة وعشرين لاغير مثال عولها بنتان وأبوان وزوجة فيعال لها بالثمن وهى الملقبة بالمنبرية قيل ان عليا رضى الله عنه سئل عنها وهو على المنبر فقال على الارتجال صار ثمنها تسعا وسميت الفريضة عائلة من الزيادة اذا اجتمعت فيها فروض لا يفى بها جملة المال ولم يمكن اسقاط بعضها من غير حاجب وللتخصيص بعض ذوى الفروض بالنقص دون بعض فيزيد فى الفريضة سهام حتى يتوزع النقص على الجميع الحاقا لاصحاب الفروض باصحاب الديون فسمى ذلك عولا (ورد كل صنف انكسرت عليه سهامه الى وفقه والا ترك) معلوم ان الرؤس ان كانت مثل عدد السهم أو كان عددها داخلا فى عدد السهم فالسهام مقسومة عليها بلا نظر فى السهام مع الرؤس الا فى التباين والتوافق قال ابن شاس فاذا انقسمت سهام المسئلة على أصناف الورثة فقد صحت من أصلها سواء كانت عائلة أم لا قال ابن الشاط فتى وقع الانكسار على فريق فان وافق عددهم عدد سهامهم ضرب عدد وفقهم فى المقام أو فى منتهى العول وان باين عددهم عدد سهامهم ضرب عددهم فى ذلك ابن علاق مثال موافقة عدد الحصة لعدد الرؤس من تركت زوجا وابنين وبنتين وتضرب فى هذا المثال الوفق فى المقام ومثال ضرب الوفق فيما عالت اليه من ترك زوجة وستة أخوة لام وأختا شقيقة وأختا لاب ومثال مباينة عدد الحصة لعدد الرؤس من تركت زوجا وأبا وأما وابنا وبنتا ومثال ما يقع الضرب فيما عالت فيه المسئلة من تركت زوجا وخمس أخوات تصح من خمسة وثلاثين (وقابل بين اثنين وخذ أحد المثلين وأكثر المتداخلين وحاصل ضرب أحدهما فى وفق الآخران توافقا والا فى كله ان تباينا) ابن شاس ان وقع الانكسار على صنفين فتعتبر عدد رؤس كل صنف مع سهامه من حيث المباينة والموافقة خاصة فاوافق سهامه أقمنا وفقه مقامه وما باينها تركنا الرؤس على حالها ثم تنظر بين العددين الحاصلين أعنى الوفقين أو الكاملين أو الرؤس والوفق وتعتبر نسبة بعضها الى بعض فى أربعة فى التماثل والتداخل والتباين والتوافق فان تماثلا اقتصرنا على أحدهما وضربناه فى أصل المسئلة وان تداخلا اقتصرنا على الاكثر وضربناه فى أصل المسئلة وان توافقا ضربنا وفق أحدهما فى كامل الآخر ثم ما اجتمع فاصل المسئلة وان تباينا ضربنا جملة أحدهما فى جملة الآخر ثم ما اجتمع فأصل المسئلة فما انتهى اليه الضرب فى جميع ذلك فمنه تصح المسئلة على الصنفين جميعا وقد تبين من هذا ان كل واحد من الاقسام الثلاثة تعرض عليه الاحوال الاربعة فتتضاعف بها اثنتا عشرة صورة ويظهر تفصيل ما أجمل بالتمثيل المثال الاول أم وأربع أخوات لام وسته اخوة لاب تصح من اثنى عشر الثانى جدة وثمانية اخوة لام وستة اخوة لاب تصح من أربعة وعشرين الثالث أم وثمانية اخوة لام وثمانية عشر ابن عم تصح من اثنين وسبعين الرابع أم وست أخوات أشقاء وأربعة أخوات لام تصح من اثنين وأربعين الخامس جدتان وزوجتان واخوان لاب تصح من أربعة وعشرين السادس زوجتان وبنت وأربعة اخوة لاب تصح من اثنين وثلاثين السابع تسع بنات وستة اخوة لاب تصح من أربعة وخمسين الثامن ثلاث زوجات وشقيقتان وعاصبان تصح من أربعة وعشرين التاسع أم وست بنات وثلاث بنى ابن تصح من ثمانية عشر العاشر أربع زوجات وست اخوة لاب تصح من ستة عشر الحادى عشر ثمان بنات وستة بنى ابن تصح من ستة وثلاثين الثانى عشر أربع

كابن العم يكون لام أخا فيأخذ السدس بالاخوة للام والباقى بالعصوبة وكذلك اذا كان ابن العم زوجا وكذلك اذا كان المولى زوجا ولا خلاف فى هذا أعنى انه يأخذ فرضه والباقى بالتعصيب اذا لم يكن معه من يشاركه فى التعصيب فاما ان كان معه من يشاركه فى التعصيب وفى منزلته كابنى عم أحدهما أخ لام فقال ابن القاسم للأخ السدس للام ويقسم مع ابن عمه ما بقى بالسواء وقال أشهب يترجح الاخ للام لانه زاد فولادة الام كالاخ الشقيق مع الاخ للأب وأجيب للاول بأن زيادة ولادة الام ليست فى محل التعارض فلا توجب الترجيح بخلاف مسئلة الاخ الشقيق والاخ للأب ونحوهما انتهى من التوضيح وكذلك لو ترك المعتق ابنى عم وأحدهما أخ لام فالولاء بينهما نصفين عند ابن القاسم وقال أشهب الولاء للأخ للام قاله فى كتاب الولاء من المدونة وابن يونس ص ﴿ والاثناعشر لثلاثة عشر ﴾ ش مثل الشارح فى الشرح الصغير لقوله ثلاثة عشر

بنات وابن أبن و بنت ابن تصح من ثمانية عشر (ثم بين الحاصل والثالث) ابن شاس فان وقع الانكسار على ثلاثة أصناف فاختلف الحساب على طريقتين وذكر بعض الأصحاب طريقة وجيزة مغنية عن التطويل فقال يجعل النظر بين صنفين من الثلاثة كأنه لم يقع الانكسار الا عليهما خاصة فتعمل فيهما على ماتقدم عمله فى الانكسار على صنفين حتى اذا انتهيت فى الاقامة الى عدد المنكسرين أعنى الذى يضرب فى أصل المسئلة نظرنا بينه و بين العدد الثالث الباقى ثم عملنا فيه ماعملناه فى العددين الاولين فما انتهى اليه العمل وحصل من مبلغ الضرب جعلناه عدد المنكسرين ههنا وضربناه فى أصل المسئلة فما انتهى اليه الضرب فمنه تصح اه وماذكر ابن الشاط الا هذه الطريقة خاصة قائلا ثم نظر فى عددين الى ان قال ثم نظر فى أن ذلك استقر مع العدد الثالث كما فى العددين منها ثم ما استقر نظر فيه كذلك مع الرابع أيضا ثم كذلك الى تمام الاعداد وعند ذلك فيضرب المبلغ فى المقام أو فى المنتهى (ثم كذلك وضرب فى أصل المسئلة وفى العول أيضا) تقدم قول ابن الشاط ثم كذلك أى تضرب المبلغ فى المقام أو فى المنتهى (وفى الصنفين اثنتى عشرة صورة لان كل صنف اما أن يوافق سهامه أو يباينها أو يوافق أحدهما و يباين الآخر ثم كل اما أن يتداخلا أو يتوافقا أو يتماثلا أو يتباينا) تقدم قول ابن شاس ماتبين ان كل واحد من الاقسام الثلاثة تتعذر عليه الاصول الاربعة انظر مثله قبل قوله ثم بين الحاصل والثالث (والتداخل أن يفنى أحدهما الآخر أولا فان بقى واحد فتباين والا فالموافقة بنسبة الفرد للعدد المفنى) ابن الشاط كل عددين عورض أحدهما بالآخر فلا بد أن يتماثلا أو يتداخلا أو يتوافقا أو يتباينا فالمداخلة أن يكون أصغرهما جزأ واحدا من أكبرهما والمباينة أن لا يكون غير الواحد بعدهما والمماثلة أن يتساويا والموافقة هى أن يكون لكل واحد منهما جزء يسمى بنسبة الواحد من عدد يعدهما فان كان يعدهما عددان أو أعداد فالمعتبر أكبر العددين أو الاعداد ومتى قسما على العدد الذى يعدهما أو على المعتبر من العددين أو الأعداد فالخارج يسمى الوفق والراجع أيضا ابن علاق قوله فالمعتبر أكثر العددين مثاله الاثناعشر والستة عشر تعدهما الاربعة وتعدهما الاثنان فما يعتبر فى المناظرة الا الأربعة التى هى أكبر العددين فتوفق بينهما بالربع لا بالنصف (ولكل من التركة بنسبة حظه من المسئلة) ابن الشاط عمل قسمة التركة أن يسمى نصيب كل وارث من المسئلة ومثل ذلك الاسم له من التركة * ابن علاق ومثال هذا من تركت زوجا وأما وأختا لاب وتركت أربعة وعشرين دينارا وأردت قسمها على الورثة فتعمل المسئلة من ثمانية ثلاثة للزوج واثنان للام وثلاثة للاخت للاب فاذا قسمت الاربعة والعشرين عليهم فانك تقول سهام الزوج ثلاثة فتسميها من الثمانية عدد المسئلة تكون ثلاثة أثمان فله ثلاثة أثمان التركة بتسعة وكذلك للاخت مثله وتقول بيد الام اثنان فتسميها من الثمانية تجدها ربعا فلها ربع التركة وذلك ستة (أو تقسم التركة على ماصحت منه المسئلة) قال ابن الحاجب هذا هو الطريق المختار الذى جرى عليه العمل فى الوقت وهو أن تقسم عدد التركة على العدد الذى انقسمت منه المسئلة فما خرج من القسمة ضربته فيما بيد كل وارث فما خرج فهو الذى يجب له من التركة (كزوج وأم وأخت من ثمانية للزوج ثلاثة والتركة عشرون والثلاثة من الثمانية ربع وثمن فيأخذ سبعة ونصفا وان أخذ أحدهم عرضا فاخذه بسهمه وأردت معرفة قيمته فاجعل المسئلة سهام غير الآخذ ثم اجعل لسهامه من تلك النسبة) ابن الحاجب كزوج وأم وأخت لاب من ثمانية للزوج ثلاثة والتركة عشرون فنسبة الثلاثة من الثمانية ربع وثمن فتأخذ ربع وثمن العشرين وهو سبعة ونصف فان كان مع التركة عرض فأخذه وارث بحصته فأردت معرفة نسبته فاجعل المسئلة سهام غير الآخذ ثم اجعل سهامه من تلك النسبة بما حصل فهو ثمن العرض فاذا أخذ الزوج العرض بحصته فاجعل النسبة خمسة لكل سهم أربعة ثم اجعل للزوج أربعة فى ثلاثة تكون اثنى عشر وهو ثمنه فتكون التركة اثنين وثلاثين وقد ذكر ابن علاق هذا المثال بعينه زوج وأم وأخت شقيقة وتركت دارا وعشرين دينارا فاجتمع الورثة على أن أخذ الزوج الدار وأخذت الأم والأخت عشرين دينارا فاذا أردنا قسمة الدنانير على الاخت والام جمعنا سهامهما فكانت خمسة و بيد الام اثنان واسمهما من الخمسة خمسان فلها خمسا الدنانير و بيد الاخت ثلاثة واسمهما من الخمسة ثلاثة أخماس فلها ثلاثة أخماس الدنانير فاذا أردنا قيمة معرفة الدار فقال ابن الشاط نقسم عدد العين على سهام من أخذه والخارج فى القسمة تضربه فى سهام آخذ الدار فما خرج

بزوجة وأبوين وأخت شقيقة أو لاب وهذا سهو منه رحمه الله فان الاخوات لا يرثن مع الاب ومثل لذلك فى الوسط والكبير بزوجة وأخوين لام وأخت شقيقة أو لاب وهو الظاهر لان للشقيقة أو التى للأب النصف ستة وللزوجة الربع ثلاثة وللأخوين للأم الثلث أربعة الجملة ثلاثة عشر

فهو قيمة الدار فتقسم هنا العشرين عدد الدنانير على خمسة سهام الاخت من الام يخرج أربعة فتضرب بها فى الثلاثة سهام آخذ الدار يخرج اثناعشر هى قيمة الدار وهذا راجع الى النسبة وبيان ذلك أن نسبة سهام الذى أخذ الدار الى قيمة الدار كنسبة سهام اللتين أخذتا العين الى العين فهذه أربعة أعداد متناسبة أولها ثلاثة سهام الزوج آخذ الدار والثانى وهو المجهول قيمة الدار والثالث سهام آخذ العين وهى خمسة والرابع العين وهو عشرون (فان زاد خمسة ليأخذ فزدها على العشرين ثم اقسم) قال ابن الحاجب فى المثال بعينه فان زاد مع العرض خمسة فزدها مع العشرين ثم اقسمها كذلك فيكون لكل سهم خمسة ثم اجعل للزوج خمسة فى ثلاثة ثم زد عليها خمسة فتكون عشرين فيكون ثمن العرض مثالا آخر * ابن شاس ترك أبوين وأربع بنات وتركته خمسون دينارا ودارا فتأخذ الام الدار فى ميراثها وترد عشرة دنانير فيسقط سهم الام فيبقى من الفريضة خمسة عليها يقع القسم ثم تزيد على الخمسين دينارا العشرة التى دفعت الام وتقسم الجميع وذلك ستون دينارا على خمسة الاسهم فيخرج من القسم اثناعشر دينارا وذلك حصة الام من التركة واذا أردت أن تعرف كم ثمن الدار فزد العشرة التى كانت الام دفعتها على الاثنى عشر فيكون الجملة اثنين وعشرين دينارا فذلك ثمن الدار (وان مات بعض قبل القسمة وورثه الباقون كثلاثة بنين مات أحدهم أو بعض كزوج معهم ليس أباهم فكالعدم) قال ابن علاق من لواحق الفرائض المناسخة قال ابن الشاط وهى أن يتوفى وارث فأكثر قبل قسمة التركة فان كان وارث المتأخرين هم بقية ورثة المتقدم عليه أو بعضه ويرثونه بالتعصيب على الوجه الذى ورثه المتقدم فيختص العمل وتقام مسئلة من بقى لاغير والاصح الاولى ثم الثانية فان انقسم نصيب الثانى على ورثته صحتا معا كابن وبنت ماتا وتركا أختا وعاصبا (والاوفق بين نصيبه وماصحت منه مسئلته واضرب وفق الثانية فى الاولى كابنين وابنتين مات أحدهما وترك زوجة وبنتا وثلاثة بنى ابن فمن له شئ من الاولى ضرب له فى وفق الثانية ومن له شئ من الثانية ففى وفق سهام الثانى) ابن شاس ان لم ينقسم نصيب الميت الثانى على مسئلته فانظر فان كان بينه (٤١٩) وبين ماصحت منه مسئلته موافقة فخذ الوفق من مسئلته لا من نصيبه واضرب به فى المسئلة الاولى وتصح القسمة من المبلغ

ومن أمثلة عولها لثلاثة عشر زوجة وأم وأختان شقيقتان أولاب أو احداهما شقيقة والأخرى لاب والله أعلم ص ﴿ وترك زوجا ﴾ ش أى زوجة ويعين ذلك ان الكلام فيما اذا وافق

فى المسئلتين مثاله ابنان وابنتان مات أحد الابنين وخلف زوجا وبنتا وثلاثة بنى ابن المسئلة الاولى تصح من ستة ونصيب الميت الثانى منها سهمان ومسئلته من ثمانية لاينقسم نصيبه عليها لكن يوافقها بالنصف فاضرب نصف مسئلته فى المسئلة الاولى أربعة فى ستة تبلغ أربعة وعشرين منها تصح المسئلتان من له شئ من المسئلة الاولى أخذه مضروبا فى نصف المسئلة الثانية ومن له شئ من المسئلة الثانية أخذه مضروبا فى نصف ما مات عنه موروثه وذلك واحد وعبارة غيره ومن له شئ من المسئلة الثانية أخذه مضروبا فى نصف حصة موروثه من الاولى وذلك واحد (وان لم يتوافقا ضربت ماصحت منه مسئلته فيما صحت منه الاولى كموت أحدهما عن ابن وبنت) ابن علاق وان لم ينقسم نصيب الميت الثانى من الاولى على عدد مسئلته وباينها فتضرب عدد مسئلتها فى الاولى ومن الخارج تنقسم ثم من له شئ من الاولى أخذه مضروبا فى عدد المسئلة الثانية ومن له شئ من الثانية أخذه مضروبا فى حصة موروثه من الاولى فلو مات رجل وترك ابنين وبنتين ثم مات أحد الابنين وترك ابنا وبنتا فمسئلة الميت الاولى من ستة والمسئلة الثانية من ثلاثة فللميت من المسئلة الاولى اثنان وهى تباين الثلاثة التى انقسمت منها مسئلته فتضرب الثلاثة عدد مسئلته فى الستة عدد المسئلة الاولى يكون الخارج ثمانية عشر منها تصح ثم تضرب حصة كل وارث فى الاولى فى ثلاثة عدد مسئلة الثانى فيخرج للابن فى الاولى ستة هى واجبه وتضرب ما بيد كل بنت فى الاولى فى الثلاثة أيضا فيخرج لكل بنت ثلاثة هى واجبها وتضرب ما بيد كل وارث فى الثانية فى حصة موروثه فتضرب ما بيد الابن فى المسئلة الثانية فى الاثنين حصة موروثها فيجب له أربعة وتضرب ما بيد البنت فى الثانية فى حصة موروثها فيجب لها اثنان (وان أقر أحد الورثة فقط بوارث فله ما نقصه الاقرار تعمل فريضة الاقرار ثم الانكار ثم انظر ما بينهما من تداخل وتباين وتوافق الاول والثانى كشقيقتين وعاصب أقرت واحدة بشقيقة أو بشقيق والثالث كابنتين وابن أقر بابن) ابن الشاط من لواحق الفرائض الاقرار والانكار أن يقر وارث بوارث وينكر غيره * ابن علاق ولم يذكر اقرار الميت وهو على أوجه وذكر اقرار الوارث فان لم يكن الوارث عدلا فلا اشكال وان كان عدلا فلا يثبت له نسب به ولكن يحلف مع شاهده المقر به ويأخذ جميع حظه انظره فيه وقال ابن شاس اذا لم يحكم المقر بالميراث فان لم يوجب اقراره نقصا فى سهمه فلا شئ للمقر به

وان أوجب نقصان سهمه أعطى منه مقدار ما أوجب من النقص لو صح اقراره و وجه العمل فى ذلك أن تنظر فريضة الجماعة فى الانكار وفريضة المقر خاصة فى الاقرار كأنه ليس ثم وارث غيره لانك انما تريد معرفة سهامه فى الاقرار وحده فان تماثلت الفريضتان أجزأتك احداهما وان دخلت احداهما فى الأخرى أجزأتك أكثرهما وان اتفقتا بجزء ضربت جزء احداهما فى كامل الأخرى وان لم يتفقا بجزء ضربت كامل احداهما فى كامل الأخرى وكذلك تعمل ان كانت ثلاث فرائض أو أكثر ثم اقسم على الورثة على الانكار لانه هو الأصل فتعرف ما لكل وارث ثم انظر للمقر وحده من فريضة الاقرار فاعطه اياه وما فضل بيده من فريضة الانكار فاعطه من أقر له فاذا أردت القسمة على الورثة فاضرب لكل وارث ماله من فريضة الانكار فى فريضة الاقرار وفى وفق الاقرار ان كان لها واضرب لمن تريد أن تعرف ماله من فريضة الاقرار سهامه منها فى فريضة الانكار أو فى وفق ان كان لها فتعرف ما يفضل بيده ولا تضربها لمن ليس له فى الاقرار شئ ومثال ما تقدم من اجمال الحساب مسئلة المماثلة أم وأخت لاب وعم أقرت الاخت لاب باخت شقيقة وأنكرت الام فالفريضة فى الاقرار والانكار من ستة فقد تماثلت الفريضتان فتجزئك احداهما وللام فى الانكار الثلث سهمان للاخت النصف ثلاثة وللعم ما بقى سهم وانما للاخت فى الاقرار السدس تكملة الثلثين سهم فيفضل بيدها سهمان فتدفعهما الى الاخت الشقيقة مسئلة المداخلة كشقيقتين وعاصب أقرت واحدة شقيقة فالفريضة على الانكار من ثلاثة وعلى الاقرار تصح من تسعة وتستغنى بها عن الثانية فتعطى للمقر له سهما واحدا وهى الذى ينقص المقر لان الستة التى تخص الاخوات من التسعة اذا قسمت على الانكار خص كل واحد ثلاثة أسهم واذا قسمت على الانكار خص كل واحد سهمان فقد نقص بين الاقرار والانكار سهم مسئلة المباينة كشقيقتين وعاصب أقرت واحدة بشقيق فالفريضة على الانكار من ثلاثة وعلى الاقرار من أربعة فتضرب الثلاثة فى الاربعة فتكون اثنى عشر لكل أخت على الانكار أربعة وعلى الاقرار ثلاثة فقد نقص العدة سهم فيأخذه المقر به مسئلة الموافقة كابنين وابن أقر بابن ففريضة الانكار أربعة وفريضة الاقرار ستة فالفريضتان تتفقان بالنصف فتضرب احداهما فى نصف الاخرى فتكون اثنا عشر للابن من فريضة الانكار اثنان ومن فريضة الاقرار بستة ولكل بنت سهم فى ثلاثة وللابن من فريضة الاقرار اثنان فى اثنين نصف فريضة الانكار بالاربعة فيفضل بيده سهمان فيدفعهما الابن الذى أقر به انظر قول ابن شاس تنظر فريضة المقر بالاقرار خاصة لانك انما تريد معرفة سهمه وحده انظر هذا بالنسبة الى الفريضة المعروفة بالمقرب تحت طوبة وبالنسبة الى الفريضة التى أشار اليها الراجز

سهام الميت الثانى مسئلته وانما يتصور حيث يكون الميت أحد الابنين وأما

فصل فان أوجب سهما أحدثه * زيادة فى حظ بعض الورثه

(وان أقر ابن ببنت و بنت بابن فالانكار من ثلاثة واقراره من أربعة وهى من خمسة فتضرب أربعة فى خمسة ثم فى ثلاثة يرد الابن عشرة وهى ثمانية) ابن شاس ان تعدد المقر والمقر له فاعتبر فريضة الاقرار أو فرائض بعضه ببعض فتضرب احداهما فى كامل الاخرى عند التباين وفى وفق ان كان لها وتستغنى بالأكثر فى حالة التداخل أو باحداهما فى حال التماثل ثم ما يحصل معك نظرت نسبته الى فريضة الانكار أى نسبة هى من الاقسام الأربعة ثم عملت فيها ما تقدم من ضرب أو استغناء ثم قسمت ما انتهى اليه العمل على الانكار ثم قسمته على اقرار أحد الورثة فانقصه دفعته الى الذى أقر به ثم قسمت الجملة أيضا على اقرار الآخر فانقصه دفعته لمن أقر به وكذلك ان كان ثالث وما زاد عليها فان أقر ابن ببنت و بنت بابن فالفريضة فى الانكار من ثلاثة وفى اقرار الابن قال ابن الحاجب من أربعة وفى اقرار البنت من خمسة تضرب أربعة فى خمسة بعشرين ثم فى ثلاثة بستين فيرد الابن عشرة للمقر بها والبنت ثمانية للمقر به (وان أقرت زوجة حامل واحد أخويه انها ولدت حيا فالانكار من ثمانية كالاقرار وفريضة الابن من ثلاثة تضرب فى ثمانية) قال ابن علاق هذه المسئلة لأصبغ ذكرها عنه ابن المواز والعتبى فيها اقرار ومناسخة فتعمل مسئلة الاقرار والمناسخة فاذا صحت من عدد نظر بينه و بين عدد مسئلة الانكار وردا الى عمل واحد و بسط عملها أى مسئلة الانكار من ثمانية اثنان للزوج ولكل أخ ثلاثة ومسئلة الاقرار من ثمانية للزوج واحد وللابن المستهل سبعة ثم تردا لابن المستهل قدمات عن سبعة وترك أمه وعميه ومسئلته من ثلاثة والسبعة لا تنقسم على ثلاثة ولا توافقها فتضرب الثلاثة مخرج مسئلة المناسخة فى الثمانية مخرج مسئلة الاقرار يخرج أربعة وعشرون منها ينقسم الاقرار والمناسخة ثم تنظر بين الاربعة والعشرين والثمانية مخرج مسئلة الانكار تجدهما متداخلين فتستغنى بالاربعة والعشرين ومنها تنقسم فتقسم الاربعة والعشرون على الثمانية مخرج الانكار فيجب للزوج ستة

ولكل أخ تسعة فيأخذ المنكر التسعة التى وجبت له وأما الاخ المقر فانه لا يأخذ منها لانه مقر انه محجوب بالابن المستهل ثم اعتبر مسئلة الاقرار فتجد الزوجة ورثت فيها الثمن ثلاثة وورثت المستهل احدا مات عنها فورثت أمه الثلث سبعة وعماه الثلثين أربعة عشر سبعة لكل واحد فالعم المقر ليس له من المسئلة الا سبعة فتدفعها له وقد كان وجب له فى الانكار تسعة فاستفضل اثنين فيدفعها للزوج مع الستة التى وجبت لها فى الانكار فيجتمع لها ثمانية ويكون الاخ المنكر قد جحدها فى اثنين هكذا ذكروا فى عمل هذه المسئلة على مقتضى عمل ابن الشاط انظره فيه وقرر ابن شاس المسئلة بما نصه فريضة الانكار تنقسم من ثمانية وفريضة الاقرار من ثمانية أيضا وفريضة الابن على الاقرار من ثلاثة فتضرب ثلاثة فى ثمانية فتبلغ أربعا وعشرين فللمرأة فى الانكار الربع ستة الباقى ثمانية عشر لكل أخ تسعة ولها فى الاقرار الثمن ثلاثة وللابن احدى وعشرون توفى عنها الامه الثلث سبعة ولكل أخ سبعة فيفضل بيد المصدق سهمان فيدفعهما الى الام فيصير بيدها ثمانية وبيد المصدق سبعة وبيد المنكر تسعة (وان أوصى بشائع كربع أوجزء من احدى عشر أخذ مخرج الوصية ان انقسم الباقى على الفريضة كابنين وأوصى بالثلث فواضح) مثل هذا لابن الحاجب وقال الراجز

فصل ومهما يك أوصى موص * بجزء مقدر منصوص * مما به قد نفذت وصيته
أو قد أجازه له ورثته * جعلت أدنى عدد تجد فيه * جزء الوصية تقتفيه
وأعط للموصى له وصيته * من المقام واقسمن بقيته * على الذى منه تصح المسئله
فذاك أمر واضح لم تجهله * مثاله أوصى بخمس وترك * عرسا وأما وأبا لما هلك
فانها مقامها من خمسه * والاصل من أربعة لاتنسه * تدفع واحدا لمن أوصى له
* يبقى من المقام مثل المسئله *

(والاوفق بين (٤٢١) الباقى والمسئلة واضرب الوفق فى مخرج الوصية كأربعة أولاد والافكاملها كثلاثة) ابن شاس اذا أوصى بجزء كربع أو جزء من أحد عشر صح كان الجزء أو مفتوحا فللعمل طريقان الاول أن تصحح فريضة الميراث بطريق تصحيحها أخرجت الى التصحيح أو صحت من أصلها عالت أولم تعل ثم تجعل جزء الوصية من حيث تقسم على أصحاب الوصايا فريضة برأسها ثم تخرج جزء الوصية وتنظر الى ما بقى فان كانت هذه البقية من فريضة الوصية تنقسم على فريضة الورثة وتمت وان لم تنقسم نظرنا بينهما واعتبرنا احداهما بالاخرى فان توافقا بجزء ضربنا ذلك الجزء من فريضة الميراث فى فريضة الوصية فما بلغ فنه يصح الحساب كمن خلف أربعة أولاد وأوصى بثلث فتعول الفريضة من أربعة والوصية من ثلاثة يخرج جزء الوصية وهو سهم يبقى اثنان لاتنقسم على الأربعة لكن توافقها بالنصف فتضرب اثنين وفق فريضة الورثة فى ثلاثة فريضة الوصية تكون ستة يخرج منها جزء الوصية اثنين تبقى أربعة تنقسم على الاربعة وان توافقا وتباينا ضربنا فريضة الميراث فى فريضة الوصية فما انتهى اليه الضرب منه يصح حساب الوصية والفريضة جميعا (وان أوصى بسدس وسبع ضربت ستة فى سبعة ثم فى أصل المسئلة أو وفقها) قال الراجز

البنتان فسهام كل واحدة
واحد والواحد يبان كل

فصل فان كثرت الاجزاء * من الوصية فالاجتزاء * فأن تقيم الكل من أدنى عدد * ثم اذا صححته كما ورد
عملت فيه مثل ماقد وصفا * حسبما ذكرت فيه وكفى * مثاله أوصى لزيد بخمس * ولابى بكر وعمرو بسدس
فى الثلاثين المقام متضح * وهو أدنى عدد منه يصح * فستة منها لزيد تقسم * وخمسة لآخرين تعلم
وما بقى يقسمه ورثته * على الذى انتهت له مسئلته * واعمل فى الانكسار فى أقسامه * مثل الذى بينت من أحكامه

قال ابن شاس لو أوصى بجزءين ضربت مخرج أحدهما فى مخرج الآخر وفى وفق ان كان له فما اجتمع من الضرب فهو مخرج الوصيتين جميعا فاذا أخرجت جزء الوصية منه قسمت الباقى على الفريضة فان انقسم والا ضربت ما انتهى اليه الضرب فى عدد سهام المسئلة وفى وفق ان كان لها فما بلغ فنه يصح حساب الوصيتين والفريضة كمن ترك ثلاثة بنين وأوصى بسدس لرجل أو بسبع لآخر فمخرج السدس ستة ومخرج السبع سبعة وليس بينهما وفق فتضرب الستة فى السبعة تبلغ اثنين وأربعين فتخرج جزء الوصية ثلاثة عشر فتبقى تسعة وعشرون لاتنقسم على سهام الفريضة ولا توافقها فتضرب ثلاث سهام الفريضة فى الاثنين والاربعين يكون ذلك مائة وستة وعشرين فجزء الوصية من ذلك تسعة وثلاثون تبقى سبعة وثمانون لكل سهم تسعة وعشرون

(ولا يرث ملاعن وملاعنة وتوأماها شقيقان) انظر هذه العبارة قال الراجز

وان تلاعن امرؤ أوزوجته * وانخرمت عن ملكها عصمته فلم تلد من موروث * فى زوجها الملاعن الموروث
وتوأماها فاعلمن شقيقا * بالاب والام معا حقيقا وتوأما الباقى للأم فقط *

ثم قال وفيها قولان بالمغتصبة قال ابن علاق واذا نفى الزوج ولده من زوجته باللعان فانه ينتفى منه ويقطع التوارث بينه وبينه وترثه أمه وأخوه لامه ومولى أمه لاعصبة أمه * الجلاب ويرث أيضا هو أمه وكنت سئلت عن وقوفه لامه فأجبت بأنه وارثها وعاصبها فيوقف لها وقال على رضى الله عنه ان لم يرثه ذوسهم كان ماتركه (٤٢٢) لعصبة أمه وتصير شقيقته أختا لامه الا اذا كانا فى بطن واحد وبقى الحمل فانهما يتوارثان على انهما شقيقان خلافا للمغيرة وابن دينار وصوب ابن يونس فى توأمى المغتصبة أنهما أخوان لام بخلاف توأمى الملاعنة والمسبية والمستأمنة (ولا رقيق ولسيد المعتق بعضه جميع ارثه) قال الراجز

وكل من للرق فيه شعبة فماله من الوارثين نسبة
مكاتب مدبر أم ولد كل سواء حكمهم قد اطرد
ومعتق لاجل أو بعضه يسقط بين الوارثين فرضه

قال فى المدونة اذا كان بعض العبد حرا فليس لمن يملك بقيته أن ينتزع ماله وهو موقوف بيده وله بيع حصته ويحمل المبتاع فى مال العبد محمل البائع واذا عتق العبد يوما ماتبعه ماله وان كان ماله للمتمسك بالرق خاصة دون الذى أعتق لانه لايورث بالحرية حتى تتم حريته (ولا يرث الا المكاتب) انظر عند قوله فى المكاتب وورثه من معه (ولا قاتل عمدا عدوانا) ابن الشاط موانع الميراث قتل العمد العدوان * ابن علاق قوله قتل يشمل ما اذا قتله مباشرة أو بسببه وقوله العمد لان الخطأ لا يمنع الميراث خلافا للشافعى وأبى حنيفة وقوله العدوان يخرج به الامام يقتل موروثه فى حد أو قصاص وبهذا نحا القاضى أبو الحسن (وان أتى بشبهة) المنصوص فى الاب يقتل ابنه عمدا ان القصاص يسقط للشبهة قال فى المدونة ولا يرث الاب فى هذا من مال الولد ولا من ديته قال اللخمى لاميراث لأب ولا أم من الدية المغلظة اذا وجبت عن جنايتها وانظر الصغير أو المجنون يقتل موروثه عمدا فذهب مالك الى انه لاميراث لأحدهما لامن مال ولا من دية وانظر لو جرح امرأة ثم تزوجها ثم ماتت هل يرثها كما لو جرح أخا وللمجروح ابن فمات الابن ثم المجروح (كمخطئ من الدية) قال الراجز

عدد وان كان الميت أحد الابنين تعين أن يكون المراد زوجة والله أعلم ص ﴿ وتوأماها شقيقان ﴾ ش هذا هو المشهور وقال المغيرة انهما يتوارثان لام كالمشهور فى توأمى الزانية والمغصوبة وقال ابن نافع انهما شقيقان أيضا وأما توأما المستأمنة والمسبية فقال فى أول كتاب اللعان من البيان انهما شقيقان ولم يحك فى ذلك خلافا وقد تقدم الكلام على هذه المسئلة فى اللعان ص ﴿ ولا رقيق ﴾ ش وفى المدونة اذا عتق المديان ولم يعلم الغرماء حتى مات بعض قرابة المعتق لم يرثه لانه عبد حتى يجيز الغرماء العتق فهو متردد بين الحرية والرق وقريبه حر صرف واذا بتل عتق عبده فى مرضه وله أموال متفرقة اذا جمعت خرج العبد من ثلثها فلا يرث قبل جمعها لان المال قد يهلك فلم تتحقق الحرية قاله فى العتق الاول وقال ابن يونس اذا اشتريت عبدا فأعتقته وورث وشهد ثم استحق فان أجاز المستحق البيع نفذ العتق والميراث والا بطل الجميع والفرق أن المديان متعد على الغرماء بخلاف المشترى فلو علم المشترى بملك المستحق استوت المسئلتان عند العتق قال ابن يونس وان لم يعلم الغرماء حتى ورث ثم أجازوا نفذت الأحكام انتهى ص ﴿ ولا قاتل عمدا عدوانا ﴾ ش ولو عفا عنه قال فى كتاب الوصايا من النوادر فى ترجمة المدبر وأم الولد يقتلان السيد عن كتاب ابن المواز واذا قامت بينة على وارث انه قتل موروثه عمدا فأبرأه المقتول فانه يتهم فى ابرائه لان ولده يرى انه يوجب له ميراثا زال عنه بالقتل وهو عفو جائز لا يقتل به ولكن لا يرثه بذلك ولا يكون مصابه وصية له من ثلثه لانه يتهم ولكن لو لم يبرئه وقال نصيبه من الميراث هو له وصية فذلك له جائز لانه لانه وصية لغير وارث ومن كتاب ابن المواز والمجموعة قال أشهب اذا قامت بينة على وارث بالقتل عمدا فكذبهم بعض الورثة وصدقهم البعض فان ماصار للمكذبين من ميراثهم يريد من الدية فهو للقاتل وكذلك الموصى له بالوصية كما لو أقر الميت بدين لوارثه وصدقه بعض ورثته انتهى (تنبيه) احترز المؤلف بقوله عمدا عدوانا مما لو كان عمدا غير عدوان قال الفاكهانى نحو ان يقتل الحاكم ولده قصاصا ونحوه فهذا يورث عندنا بلا خلاف اعلمه وفى مذهب الشافعى ثلاثة أقوال انتهى ص ﴿ وان بشبهة ﴾ ش يشير الى ماقاله فى النوادر اذا قتل الابوان ابنهما على وجه الشبهة وسقط

وقاتل العمد لاميراث له * لامن جميع ماعليه اشتملت   تركة أودية ان قبلت * وكل من قتل مورثا خطا

فارثه من ماله ان سقطا * ولم يقل فى الدية ان شاء

ويرثان معا الولاء أنظر قوله ويرثان الولاء قال سحنون لا يرث الولاء قاتل العمد (ولا مخالف فى دين) قال الراجز

أجل ولاميراث بين ملتين * وان يكن هذا وهذا كافرين (كمسلم مع مرتد أوغيره) قال الراجز * فليس بين اكافر ومسلم

ارث سوى بالرق فافهم تعلم * وكل مرتد فما من مطمع   له ولالوارثه فاسمع قال ابن ابى زيد ماتركه العبد المرتد

والكافر فلسيده وكذلك من فيه بقية رق لأنه يستحقه بالرق لابالتوارث ومن المدونة من ورث عبده النصرانى ثمن خمر أوخنزير

فلابأس به (وكيهودى مع نصرانى وسواهما ملة وحكم بين الكافر بحكم المسلمين ان لم يأب بعض الاان يسلم بعضهم فكذلك ان لم

يكونوا والافبحكمهم) ابن شاس لو تحاكم الينا ورثة الكفار فان تراضوا بحكمنا قسمنا بينهم بحكم الاسلام وان أبى بعضهم فان

كانوا بأجمعهم كفارا لم يتعرض لهم فان كانوا منهم من أسلم قسمنا بينهم فى رواية ابن القاسم على مواريثهم ان كانوا كتابيين وعلى قسم

الاسلام ان كانوا من غير أهل الكتاب قال ولا يثبت التوارث بين اليهود والنصارى ولا بين ملة وأهل ملة أخرى أصلا وان تحاكموا

الينا ومن المدونة قيل لمالك ان مات نصرانى وورثه نصرانى فأسلموا قبل ان يقسم ماله علام يقسمون على ورثة الاسلام قال بل

على ورثة النصارى التى وجبت لهم يوم مات صاحبهم قال ابن القاسم انما يقسم على قسم الاسلام ان كان الموروث مجوسيا ليس بذى

ذمة (ولامن جهل تأخر موته) قال الراجز   وكل ميتين شك من سبق * كميتين تحت هدم أوغرق

فلاتورث أحدا من آخر * ان لم تحقق أولا من آخر   وارث كل واحد لمن بقى * من وارثه فاستمع توفق

(ووقف القسم للحمل) من الزاهى من هلك عن زوج حامل (٤٢٣) لم تنفذ وصاياه ولا تأخذ زوجته أدنى سهميها حتى تضع

عنهما القتل فالدية عليهما ولا يرثان منها ولامن المال لانه عدوان من الأجنبى نقله فى الذخيرة (فرع) قال الفاكهانى اذا جرح انسان وريثه فمات الجارح قبل المجروح هل يرثه لم أقف عليه على نص وفى الروضة انه يرث انتهى قلت ولا ينبغى أن يختلف فى أنه يرث وهو ظاهر والله أعلم ص ﴿ ولامن جهل تأخر موته ﴾ ش فرع من أنفذت مقاتله ومات له قريب حكى ابن رشد فى رسم سماع ابن القاسم من كتاب الديات الخلاف فى ذلك وذكر ابن ناجى فى شرح الرسالة عن ابن يونس انه

وذكر اللخمى فى هذه المسئلة خمسة أقوال (ومال المفقود للحكم بموته) من المدونة لا يقسم ورثة المفقود ماله حتى يأتى عليه من الزمن مالا يحيا الى مثله فيقسم بين ورثته حينئذ لايوم فقد وان مات له ولد وقف ميراثه منه ان أتى أخذه وان موت بالتعمير وذلك الى ورثة الابن يوم مات ولا ارث الاب بالشك (ووقف المشكوك فيه فان مضت مدة التعمير فكالمجهول) ابن الحاجب وقف المشكوك فيه فان مضت مدة التعمير ولم يستبن فكالموتى (كذات زوج وأم وأخت وأب مفقود فعلى حياته من ستة وموته كذلك وتعول لثمانية وتضرب الوفق فى الكامل بأربعة وعشرين للزوج تسعة وللام أربعة ووقف الباقى فان ظهر انه حى فللزوج ثلاثة وللاب ثمانية أوموته أومضى التعمير فللاخت تسعة وللام اثنان) ابن شاس لو تركت زوجها وأمها وأختا وأبا مفقودا والفريضة على ان المفقود حى من ستة للزوج ثلاثة وللام ثلث مابقى سهم وللاب سهمان والفريضة على ان المفقود ميت من ستة أيضا للزوج النصف ثلاثة وللاخت ثلاثة ويعال للام بالثلث فتضرب بثمانية والفريضتان تتفقان بالنصف فتضرب احداهما فى كامل الاخرى باربعة وعشرين ثم تقول للزوج لك يقينا بلاشك ثم ذكر تمام العمل بعبارة طويلة وقال ابن عرفة فى المسئلة المذكورة وجه العمل فيها ان تردفريضة لغو المفقود وفريضة حضوره لعدد واحد ان تداخلتا فان تداخلتا اعتبرت أكبرها ثم تقسم ماردت اليه أو كبارهما على الفريضتين ويعطى الوارثون على تقدير لغوه وحضوره أقل مايجب لكل واحد منهم فى القسم على الفريضتين من سقط فى احداهما لم يعط شيأ ووقف مما فضل عما ذكر اعطاؤه فان تحققت حياة المفقود بعد موت الموروث عنه أمضى قسم فريضة حضوره وان تحقق موته قبل موت الموروث عنه أوموت بالتعمير أمضى قسم لغوه ودفع الموقوف لمستحقه فى الفريضة الممضاة ولنذكر كلام ابن شاس لاجل خليل قال فتقول للزوج لك بلاشك يقينا ثلاثة من ثمانية مضروب فى ثلاثة نصف الفريضة الاخرى وانما يكون لك ثلاثة من ستة بصحة حياة الاب ولا يعلم ذلك ويقال للاخت لاميراث لك من أختك الا بصحة موت أبيك قبل موت أختك ولا نعلم ذلك فليس لك ميراث بالشك ويقال للام لك من ابنتك السدس يقينا سهم من ستة مضروب فى أربعة نصف فريضة ثمانية وانما يكون لك

الثلث بالعول بصحة موت زوجك قبل ابنتك ولا يعلم ذلك فليس لك بالشك شئ ويبقى من الفريضة احدى عشر سهما موقوفة
ليس يعلم لمن هى يقينا فان صح الاب كان حيا يوم موت ابنته قيل للزوج لك يقينا ثلاثة من ستة مضروبة فى أربعة باثنى عشر فى
يدك سبعة الباقى لك ثلاثة فتدفع اليه من الموقوف ويقال للأم لك سهم من ستة مضروب فى أربعة فى يدك جميع حقك وللاب
سهمان من ستة فى أربعة بثمانية فتدفع اليه الثمانية التى بقيت من الموقوف وان ثبت ان الاب مات قبل ابنته أولم يعلم له موت فوت
بالتعمير فالحكم فى ذلك سواء فيقال للزوج لك يقينا ثلاثة من ثمانية فى ثلاثة بتسعة ففى يدك جميع حقك ويقال للاخت لك ثلاثة
من ثمانية فى ثلاثة بتسعة فتدفع لها التسعة الباقية ويقال للام لك اثنان من ثمانية فى ثلاثة بستة فى يدك أربعة

صوب قول من قال انه لا يرث انتهى ص ﴿وللخنثى المشكل نصف نصيبى ذكر وأنثى﴾ ش
تقدم ان من موانع الارث الشك وهو أقسام الاول فى تأخر موت أحدهما عن الآخر الثانى فى
الوجود والكلام على الخنثى من وجوه الاول فى ضبطه وهو بضم الخاء المعجمة وسكون النون
وبالثاء المثلثة وبعدها ألف تأنيث مقصورة والضمائر الراجعة الى الخنثى مذكرة وان كانت أنوثته
لان مدلوله شخص صفته كذا وكذا وجمعه خناثى وخناث الثانى فى اشتقاقه وهو مأخوذ من قولهم
خنث الطعام اذا اشتبه أمره فلم يخلص طعمه المقصود الثالث فى بيان معناه قال فى الصحاح الخنثى
الذى له ما للرجال والنساء جميعا انتهى وقال الفقهاء هو من له ذكر الرجال وفرج النساء وهذا هو
الأشهر فيه وقيل انه يوجد منه نوع آخر ليس له واحد منهما وانما له ثقب بين فخذيه يبول منه
لا يشبه واحدا من الفرجين الرابع فى أقسامه والخنثى على قسمين مشكل وواضح فاما من ليس له
واحد من فرجى الرجال والنساء فقال الشافعية هو مشكل أبدا وأما على مذهبنا فيمكن أن
يكون واضحا بأن تنبت له لحية أو ثدى وأما من له الآلتان فان ظهرت فيه علامات الرجال حكم
بذكوريته وان ظهرت فيه علامات النساء حكم بأنوثته ويسمى من ظهرت فيه احدى العلامتين
واضحا وان وجدت فيه العلامات واستوت فيه فهو مشكل فتحصل من هذا ان المشكل نوعان
نوع له الآلتان واستوت فيه العلامات ونوع ليس له واحدة من الآلتين وانما له ثقب كما تقدم
الخامس فى وجود الخنثى أما الواضح فوجود بلا خلاف واختلف فى وجود الخنثى المشكل
فالجمهور على امكان وجوده ووقوعه وعلى ذلك بنى أهل الفرائض والفقهاء مسائل هذا الباب
وذهب الحسن البصرى من التابعين والقاضى اسماعيل من المالكية الى أنه لا يوجد خنثى
مشكل قال الحسن لم يكن الله عز وجل يضيق على عبد من عبيده حتى لا يدرى أذكر هو
أم أنثى وقال القاضى اسماعيل لا بد له من علامة تزيل اشكاله السادس فى أن الخنثى المشكل خلق
ثالث مغاير للذكر والانثى أو هو أحدهما لكن أشكل علينا واستدل على ذلك بقوله وأنه خلق
الزوجين الذكر والانثى فلو كان هناك خلق ثالث لذكره لان الآية سيقت للامتنان قال العقبانى
ولقائل ان يقول ان الآية انما سيقت للرد على الزاعمين ان لله تعالى ولدا فمنهم من زعم ان له ولدا
ذكرا ومنهم من زعم ان له بنات فرد الله عليهم بانه خلق النوعين فكيف يكون له منهما ولد وهو

فتدفع اليها السهمان
من أحد عشر الموقوفة
(وللخنثى المشكل نصف
نصيبى ذكر وأنثى)
ابن الشاط ان كان الخنثى
من نصف يرث منه الذكر
كالانثى فله ما للغير المشكل
ابن علاق مثل أن يكون
أخا لأم وأخا شقيقا فى
المشتركة ابن الشاط
وان كان من صنف يرث
منه الذكر دون الانثى
فله نصف ميراث الذكر
ابن علاق مثل أن يكون
ابن أخى الميت وابن عمه
ابن الشاط وان كان من
صنف يرث منه الذكر
نصف ميراث الانثى
فالنصف مجموع ميراثها
ابن علاق هذا الحال
الثالث للخنثى أن يكون
من صنف يرث فيه الذكر
مثلى ما ترث فيه الانثى
فذكر انه يرث نصف

مجموع ميراثيهما وهى معنى قولهم يرث نصف نصيب ذكر ونصف نصيب أنثى مثال من ذلك لو ترك الميت أخا خنثى فميراث الخنثى خمسة
من اثنى عشر ويرث الذكر سبعة من الاثنى عشر وذلك على انه ذكر يرث ستة من الاثنى عشر وعلى انه أنثى يرث أربعة من الاثنى
عشر ومجموع الميراثين عشرة فيعطى نصفها خمسة أنظر قولهم خمسة مع قولهم ان له ثلاثة أرباع أخيه وثلاثة أرباع السبعة خمسة
وربع فنقص الخنثى من فريضته ربع قال بعضهم وهذا غلط من الفراض لأن هذه المسئلة من باب التداعى والقسم بالتحاص
فلا تدخل تحت قياس عمل الفرائض البسيطة وانظر كم تكون ديته وعقله قال الاستاذ أبو بكر يجب أن يكونا كميراثه وقال
ابن حبيب لا يجوز للخنثى أن يتزوج قال ويعطى من الغنيمة نصف سهم لاربع سهم وحكمه فى الشهادة حكم المرأة (تصحح

الخالق لهما ولم يزعم أحد ان له ولد أخنثى فلم يحتج فى الرد عليهم الى ذكر الخنثى واستدل أيضا بقوله وبث منهما رجالا كثيرا ونساء وبقوله يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور قالوا فلو كان هناك خلق ثالث لذكره انتهى والجواب الواضح هو ما يأتى فى السابع من ان الجمهور على ان الخنثى من أحد الصنفين ولكن خفيت علينا علامته فتأمله وخرج العقبانى فى شرح الحوفى من القول بانه لا ميراث له انه صنف ثالث قال اذ لو كان لا يخلو عن أن يكون ذكرا أو أنثى لما حرمه الميراث ولو لم يكن الا أقل الميراثين لأنه مقطوع باستحقاقه غير أن هذا القول نقل ابن حزم الاجماع على خلافه وظاهر كلام الأئمة انه ليس خلقا ثالثا انتهى (السابع) فى ذكر أول من حكم فيه فى الجاهلية والاسلام قال عبد الحق فى تهذيب الطالب عن بعض شيوخه فى النكاح الثانى منه ونقله ابن عرفة ان أول من حكم فيه عامر بن الظرب فى الجاهلية نزلت به قضيته فسهر ليلته فقالت له خادمه سخيلة راعية غنمه ما أسهرك ياسيدى قال لا تسئلى عما لا علم لك به ليس هذا من رعى الغنم فذهبت ثم عادت وأعادت السؤال فأعاد جوابه فراجعته وقالت لعل عندى مخرجا فأخبرها بما نزل به من أمر الخنثى فقالت أتبع الحكم المبال ففرح وزال غمه زاد المتيطى وكان الحكم اليه فى الجاهلية فاحتكموا اليه فى ميراث خنثى فلما أخبرته بذلك حكم به الجوهرى والضرب بالظاء المعجمة وكسر الراء واحد الظراب وهى الروابض الصغار منه عامر بن الظرب العدوانى أحد فرسان العرب عبد الحق وغيره ثم حكم به فى الاسلام على بن أبى طالب رضى الله عنه انتهى باختصار ابن عرفة ويريد بما ذكر عن الجوهرى ان الظرب بالظاء لا بالضاد كما يقوله ويكتبه كثير من الناس وقوله أحد فرسان العرب كذا فى بعض نسخ الصحاح وفى بعض النسخ الصحيحة المقروءة على أئمة اللغة أحد حكام العرب ولفظ عبد الحق فى التهذيب بعد ذكر قصة عامر ثم حكم فيه على بن أبى طالب فى الاسلام بهذا الحكم بان جعل الحكم للمبال وهو أول من حكم بها فى الاسلام انتهى وقال فى التنبيهات كان عامر حاكم العرب فأتوه فى ميراث خنثى فأقاموا عنده أربعين يوما وهو يذبح لهم كل يوم وكانت له أمة يقال لها سخيلة فقالت ان مقام هؤلاء أسرع فى غنمك فقال ويحك لم تشكل على حكومة قط غير هذه فقالت له اتبع الحكم المبال قال فرجتها يا سخيلة فصارت مثلا قال الاذرعى وفى ذلك عبرة ومزدجر لجهلة قضاة الزمان ومفتيه فان هذا مشرك توقف فى حكم حادثة أربعين يوما ولا قوة الا بالله انتهى من شرح شيخنا زكرياء للفصول (قلت) وفيه عبرة من جهة أخرى وهى أن الحكمة قد يخلقها العلى ويجريها على لسان من لا يظن به معرفتها وانه وان عجز عن ادراكها أصحاب الفطنة والعقول المستعدة لذلك فقد يجريها الله على لسان من لم يستعد لها والله الموفق وذكر ابن اسحاق القصة فى السيرة قبل الكلام على استيلاء قصى على أمر مكة فقال أمر عامر بن الظرب بن عمر بن شكير بن عدوان العدوانى كانت العرب لا يكون بينها نائرة ولا عضلة فى قضاء الا أسندوا ذلك اليه ثم رضوا بما قضى فيه فاختصموا اليه فى خنثى له ما للرجل وما للمرأة فقال حتى أنظر فى أمركم فوالله ما نزل بى مثل هذه منكم يامعشر العرب فبات ليلته ساهرا يقلب فى أمره وينظر فى شأنه لا يتوجه له فيه وجه وكانت له جارية يقال لها سخيلة ترعى عليه غنمه فكان يعاتبها اذا سرحت فيقول أصبحت والله ياسخيل واذا أراحت عليه قال أمسيت والله ياسخيل وذلك أنها كانت تؤخر حتى يسبقها بعض الناس وتؤخر الاراحة حتى يسبقها بعض الناس فلما رأت سهره وقلة قراره على فراشه قالت له مالك لا أبالك ماعراك فى ليلتك هذه فقال

المسئلة على التقديرين ثم تضرب الوفق أو الكل فى حالتى الخنثى

ويلك دعيني أمر ليس من شأنك ثم عادت له بمثل قولها فقال في نفسه عسى أن تأتي بفرج فقال
ويحك اختصم الي في ميراث خنثى فوالله ما أدري ما أصنع فقالت سبحان الله لا أبالك اتبع القضاء
المبال أقعده فان بال من حيث يبول الرجل فرجل وان بال من حيث تبول المرأة فهو امرأة فقال
أمسي سخيل بعدها أو صبحي فرجتها والله ثم خرج على الناس حين أصبح فقضى بالذي أشارت عليه
انتهى قال أبو القاسم السهيلي المالكي في الروض الانف وذكر يعني ابن اسحاق عامر بن
الظرب وحكمه في الخنثى وما أفتت به جاريته سخيلة وهو حكم معمول به في الشرع وهو من باب
الاستدلال بالامارات والعلامات وله أصل في الشريعة قال الله تعالى وجاؤا على قميصه بدم كذب وجه
الدلالة أن القميص المدمى لم يكن فيه خرق ولا أثر أنياب ذئب وكذا قوله ان كان قميصه قد من
قبل والله أعلم (الثامن) في ميراثه اختلف العلماء في ذلك على أحد عشر قولا (الاول) وهو
المشهور انه يجب له نصف الميراثين على طريقة ذكر الاحوال أو ما يساويها من الاعمال على ان
يضعف لكل مشكل بعدد أحوال من معه من المشكلين (الثاني) لابن حبيب ان كان وارث من
الخنثى وغيره يضرب في المال بأكثر ما يستحق فيقتسمونه على طريقة عول الفرائض فاذا كان
ولدان ذكر وخنثى ضرب الذكر بالثلثين لأنه أكثر ما يدعي وضرب الخنثى بالنصف لانه أكثر ما
يدعي (الثالث) لابن حبيب أيضا انه يأخذ ثلاثة أرباع المال فأقل فان كان معه غيره ممن ليس
بمشكل فانه يضرب بثلاثة أرباع ما يضرب به الذكر فان كان وحده ليس معه الا من يحجبه لو كان
ذكرا أخذ ثلاثة أرباع المال وأخذ العاصب الربع وان كان معه ابن ضرب الخنثى بثلاثة أرباع
النصف اذ النصف أكثر ميراثه فان كان معه اثنان ضرب بثلاثة أرباع الثلث وان كان معه بنت ضرب
بثلاثة أرباع الثلثين (الرابع) ماحكي عن مالك انه قال هو ذكر زاده الله فرجا تغليبا لجانب
الذكورية قال وقد غلب جانب الذكورية مع الانفصال يعني في الخطاب لو كان المخاطب رجلا
واحدا وألف امرأة لخوطب الجميع خطاب الذكور فكيف وهو هنا متصل والصحيح انه لم يصح
عن مالك فيه شيء قال الحوفي قال ابن القاسم لم يكن أحد يجتري ان يسئل مالكا عن الخنثى المشكل
قال العقباني أنظر ما الذي هابوه من سؤال مالك عن الخنثى انتهى ولفظ المدونة ما اجترأت على سؤال
مالك عنه انتهى (الخامس) كالمشهور في غير مسائل العول وأما مسائل العول فينظر كم
التقادير في المسئلة وكم تقادير العول فيها ويؤخذ بتلك النسبة من العول فيجعل عول المسئلة مثال
ذلك عول الغراء ثلاثة فلو فرضنا الاخت فيها خنثى فانما يحصل العول في حالة التأنيث فقط فالعول
تعديل واحد ونسبته الى حال الخنثى النصف فيؤخذ نصف العول ويجعل ذلك عول المسئلة فتكون
مسئلة التأنيث فيها عائلة الى سبعة ونصف وسيأتي كيفية حسابه مثاله الغراء المتقدمة زوج وأم
وجد وأخت خنثى مشكل فتقدير الذكورة المسئلة من ستة بلا عول ويسقط الاخ وبتقدير
الانوثة المسئلة من ستة وتعول لتسعة وتصح من سبعة وعشرين والستة والسبعة والعشرون
متوافقان بالثلث فتضرب اثنين في سبعة وعشرين فتصح المسئلتان من أربعة وخمسين فتضربها
في حالي الخنثى تبلغ مائة وثمانية فعلى تقدير التذكير للزوج النصف أربعة وخمسون وللام الثلث ستة
وثلاثون وللجد السدس ثمانية عشر وعلى التأنيث للزوج ستة وثلاثون وللام أربعة وعشرون
وللجد اثنان وثلاثون وللخنثى ستة عشر فيجتمع للزوج تسعون له نصفها وللام ستون لها نصفها
وللجد خمسون له نصفها وللخنثى ستة عشر له نصفها وعلى هذا القول تعول مسئلة التذكير من ستة

ومسئلة التأنيث من سبعة ونصف لأن العول ثلاثة يؤخذ نصفها وذلك نسبة حالة العول الى حالتى المسئلة (السادس) مثل الخامس الا انه يقول فى الغراء انما يضم الجد الى سهام الاخت نصف سهامه لانه يقول انما أضم جملة سهامى الى جملة سهامك وأنت لم تستوف جملة سهامك (السابع) ان المال يقسم على أقل ما يدعيه كل واحد الا انه مختص بما اذا لم يؤد الى سقوط أحد من الطالبين (الثامن) مذهب الشافعى انه يعطى كل واحد من الورثة الخنثى وغيره أقل ما يستحقه ومن سقط فى بعض التقادير لم يعط شيأ ويوقف فى المشكوك فيه كما فى المفقود حتى يتبين أمره أو يصطلحوا على شئ (التاسع) مذهب أبى حنيفة انه يعطى الخنثى أقل ما يجب له ويعطى غيره أكثر ما يجب له ولا ايقاف (العاشر) مثل الاول الا ان الاحوال لا تتعدد بتعدد المشكلين بل يقتصر على حالين فقط وهو قول الثورى وأبى يوسف ومحمد بن الحسن وعن أبى يوسف مثل قول أبى حنيفة وعن محمد مثل القول الاول (الحادى عشر) انه لا شئ له وانه لا يرث شيأ وهذا القول نقله الغزالى وحكى ابن حزم الاجماع على خلافه والله أعلم (التاسع) من أوجه الكلام على الخنثى هل هذا الميراث المجعول له ميراثا ثالثا مشروع مغاير لميراث الذكر والانثى أم لا ميراث فى الشرع سوى أحد الميراثين لكن لما تعذر علينا معرفة حاله توسطنا فى ذلك قال العقبانى هذا ينبنى انه خلق ثالث وليس هو أحد النوعين وقد تقدم ان جماهيرهم على أنه ليس خلقا ثالثا فليس له ميراث ثالث وبهذا يعلم الجواب عما اعترض به بعضهم على الفرضيين بانهم بينوا فى أول كتبهم مقادير المواريث من فرض أو تعصيب للذكور والاناث ولم يبينوا مقدار ميراث الخنثى الا فى آخر كتبهم (والجواب) انه ليس له ميراث ثالث فيبين (العاشر) فى السبب الذى يتصور ان يرث به الخنثى فان أسباب الارث ثلاثة نسب ونكاح وولاء فأما ميراثه بالنسب فسيأتى فى الاولاد وأولاد الولد والاخوة والعصبات ولا يتأتى فى الآباء والامهات لمنع نكاحه قال فى المقدمات ولا يكون الخنثى المشكل زوجا لا زوجة ولا أبا ولا أما وقد قيل انه قد وجد من ولد له من بطنه وظهره فان صح ذلك ورث من ابنه لصلبه ميراث الاب كاملا ومن ابنه لبطنه ميراث الام كاملا وهو بعيد انتهى غير ان الاخوة ان كانت من الام فلا يتأتى فيها اختلاف فى التقدير لأن ميراث الاخوة لام لا يختلف بالذكورية والانوثة وكذلك الاخوات مع البنات فانهن عصبات وسيأتى فى أثناء شرح قول المصنف فان بال من واحد أو كان أكثر أو أسبق مزيد بيان فيما اذا ولد للخنثى من ظهره وبطنه وأما ميراثه بالنكاح فلا يتأتى الا عند من يجيز نكاحه وسيأتى الكلام على حكم نكاحه فى الوجه الرابع عشر واذا ورث به فلا يتغير ميراثه وأما ميراثه بالولاء فيرث من الولاء ما يرثه النساء ولا يختلف ميراثه فى ذلك بالذكورة والانوثة قال العقبانى قالوا ولا يرث غير ذلك لأن الولاء انما يورث بالتعصيب المستكمل ولا يستكمل الخنثى تعصيبا قال قلت ويلزم ان لا يرث بالبنوة لان الولد اذا كان وحده لا يرث الا استكمالا أو نصفا وهكذا نقول فى كل مسئلة وفى هذا البحث نشأ القول الذى ذكره الغزالى وهو ان الخنثى لا يرث (فرع) قال العقبانى وانظر لو كان لانسان عم خنثى فولد من ظهره ذكرا ثم مات الخنثى ثم ابن أخيه فهل يرث منه ابن الخنثى جميع المال لانه ابن عم أم لا يرث أكثر مما كان يرث أبوه الذى يدلى به أو يقال ان أباه لما ولد من ظهره تعين للذكورة فزال عنه الاشكال اللهم الا ان يكون له ولد أيضا من بطنه انتهى وذكر ابن عرفة واللخمى والمتيطى الكلام على الخنثى فى كتاب النكاح فاعلمه والله أعلم (الحادى عشر) فى كيفية العمل فى مسائل الخنثى ولنذكر هنا كلام المصنف قال

وتأخذ من كل نصيب من الاثنين النصف وأربعة الربع وما اجتمع فنصيب كل ذكر وخنثى فالتذكير من اثنين والتأنيث من ثلاثة فتضرب اثنين فى الثلاثة ثم فى حالى الخنثى له فى الذكورة ستة والانوثة أربعة فنصفها خمسة وكذلك غيره) ابن الحاجب فصحح المسئلة على التقديرات ثم اضرب الوفق أو الكل ان تباينت زاد ابن شاس وجه العمل أن يؤخذ مخرج التذكير ومخرج التأنيث ويستغنى بأحدهما عن الآخر ان كانا متماثلين أو متداخلين ثم اضرب ما حصل فى حالتى الخنثى أو عدد أحوال الخناثى ان زادوا على الواحد فما انتهى اليه الضرب فمنه تكون القسمة ثم لك طريقان الاولى ان ينظر فى المجتمع من الضرب ثم يخص الخنثى منه على تقدير الذكورية وكم يخصه منها على تقدير الانوثية فيضم أحدهما الى الآخر ثم تقسمه نصفين فتعطيه نصفه وكذلك سائر الورثة مثال ذلك ولدان احدهما ذكر والآخر خنثى فريضة التذكير من اثنين وفريضة التأنيث من ثلاثة وهما متباينان اثنان فى ثلاثة بستة ثم فى حال الخنثى باثنى عشر فعلى الطريق الاولى للخنثى على تقدير الذكورية ستة وعلى تقدير الانوثة أربعة فله خمسة وكذلك غيره وهو للذكر له على ذكورة الخنثى ستة وعلى أنوثته ثمانية فله سبعة (ولخنثيين وعاصب فاربعة أحوال تنتهى لاربعة وعشرين لكل أحد عشر وللعاصب اثنان) ابن شاس مثال آخر ولو ان خنثيين وعاصب فللخنثى أربعة أحوال فالفريضة على انهما ذكران من اثنين وعلى انهما أنثيان من ثلاثة ابن علاق والثالثة تعملها على ان أكبر الخنثيين ذكر والاصغر أنثى تصح من ثلاثة اثنان للذكر وواحد للانثى والرابعة تعملها على ان الاصغر ذكر والاكبر أنثى تصح من ثلاثة أيضا تنظر ثم تنظر فى أعداد المسائل تجد الثلاثة فيها متماثلة فتكتفى بواحد منها وتضربها فى الاثنين بستة ثم فى الاحوال الاربعة باربعة وعشرين فعلى الطريق الاولى تقول لكل واحد من الخنثيين على تقدير انفراده بالذكورة ستة عشر وعلى تقدير مشاركته فيها اثنا عشر وعلى تقدير انفراده فى الانوثة ثمانية وكذلك على تقدير مشاركته فيها وجملة ذلك أربعة وأربعون فى الحالات الاربع انما يرث بحالة واحدة فيكون له ربع الجميع وهو أحد عشر سهما ويبقى للعاصب سهمان لان الحاصل له فى حالة من جملة الاحوال الاربعة الثلث فله ربعه وهو سهمان

رحمه الله وللخنثى المشكل نصف نصيبى ذكر وأنثى يعنى ان الخنثى اذا كان واضحا فميراثه كميراث الصنف الذى التحق به وان كان مشكلا فله نصف نصيب ذكر ونصف نصيب أنثى ثم ذكر كيفية العمل فى ذلك فقال تصحح المسئلة على التقديرات يعنى أنه ان كان فى المسئلة خنثى واحد فتصحح المسئلة على تقدير انه ذكر ثم تصححها على تقدير انه أنثى وليس فى هذا الا تقديران وان كان فيها خنثيان فتصححها على تقدير كونهما ذكرين وعلى تقدير كونهما أنثيين وعلى تقدير كون أحدهما ذكر والآخر أنثى وعلى عكسه فتجىء أربع تقديرات ولا يلزم ان الثالث والرابع سواء بل قد يكون كذلك وقد يختلف كما لو كان أحدهما أخا والآخر ابنا وان كان فى المسئلة ثلاثة خناثى فيأتى فيها ثمان تقديرات وان كانوا أربعة فستة عشر تقديرا وهكذا فتصحح على كل تقدير مسئلته قال المصنف ثم تضرب الوفق أو الكل يعنى ثم تضرب وفق أحدهما فى الآخر ان توافقا أو تضرب أحدهما فى الآخر ان تباينا وسكت عن التماثل والتداخل لوضوح ذلك والمعنى انك تحصل أقل عدد ينقسم على كل من المسائل المذكورة وقد علمت ان فى ذلك طريقين أسهلهما ان تنظر بين اثنين منهما فتكتفى باحدهما ان تماثلا وبأكثرهما ان تداخلا وبالحاصل من ضرب وفق أحدهما فى الآخر ان توافقا أو ضرب كله فى كل الآخر ان تباينا ثم تنظر بين الحاصل والثالث وهكذا ثم قال ثم فى حالى الخنثى يعنى اذا حصلت أقل عدد ينقسم على مسئلة الخنثى أو على مسائله فاضرب ذلك العدد فى حالتى الخنثى يريد اذا كان واحدا وان كان اثنين ففى أحوالهما وذلك أربعة وان كانوا ثلاثة ففى أحوالهم وذلك ثمانية ثم تقسم العدد الحاصل على كل مسئلة من مسائل الخنثى والخناثى ويجمع لكل وارث ما يخرج له فى كل قسمة فما اجتمع بيد كل وارث من المسائل كلها أخذت منه جزأ بنسبة الواحد الى حالة الخنثى أو الخناثى فان كان الخنثى واحدا فليس الا حالان ونسبة الواحد اليهما النصف فيأخذ نصف ما اجتمع لكل واحد من الورثة وان كان الخنثى اثنين فالاحوال أربعة ونسبة الواحد اليها ربع فيأخذ لكل وارث ربع ما اجتمع له وان كان الخنثى ثلاثة فالاحوال ثمانية ونسبة الواحد اليها الثمن فيعطى لكل واحد ثمن ما اجتمع له وهذا معنى قول ص ﴿ وتأخذ من كل نصيب من الاثنين النصف ﴾ ش فقوله من الاثنين بدل من قوله من كل نصيب ونصيب مجرور باضافة كل اليه وفى الكلام حذف يبينه ما بعده تقديره كل من كل نصيب بنسبة الواحد الى عدد أحوال الخنثى فمن الاثنين النصف وهكذا والله أعلم فيحتمل ان يريد

المصنف بقوله فيأخذ من كل نصيب الى آخره ماذكرنا ويحتمل ان يريد انه اذا قسمت العدد الحاصل من ضرب الجامعة فى أحوال الخنثى على كل مسئلة فما خرج لكل وارث فى تلك المسئلة تأخذ منه بنسبة الواحد الى أحوال الخنثى ثم مثل رحمه الله لذلك بمثالين أحدهما فيه خنثى واحد والآخر فيه خنثيان ففى المثال الاول اذا كان فى المسئلة ابن ذكر سوى وخنثى فتقدير كون الخنثى ذكرا تكون المسئلة من اثنين وبتقديره انثى تكون من ثلاثة وأقل عدد ينقسم عليهما ستة لتباينهما فتضرب الاثنين فيها أى فى الثلاثة لتباينهما تحصل ستة والخنثى متحد فله حالتان فقط فتضرب الستة فى اثنين يحصل اثناعشر تقسمها على مسئلة التذكير يحصل لكل واحد ستة وعلى مسئلة التأنيث يحصل للذكر السوى ثمانية وللخنثى أربعة فتجمع ما حصل لكل واحد منهما فى المسئلتين فيجتمع لابن البنت أربعة عشر وللخنثى عشرة ونسبة الواحد الى أحوال الخنثى النصف لأنه ليس له فى مسئلتنا الا حالتان فيعطى لكل واحد نصف ما اجتمع له فيكون لابن البنت سبعة وللخنثى خمسة ومجموعهما اثناعشر وان شئت تأخذ من النسبة الخارجة من قسمة الاثنى عشر على مسئلة التذكير نصفها وهو ثلاثة لكل واحد من الاثنين البنت والخنثى ومن الثمانية الحاصلة للابن السوى الخارجة من قسمة الاثنى عشر على مسئلة التأنيث نصفها وهو أربعة وضمه للثلاثة التى حصلت له فى مسئلة التذكير يكون المجموع سبعة وخذ نصف الاربعة الحاصلة للخنثى فى مسئلة التأنيث وهو اثنان وضمه للثلاثة الحاصلة له فى مسئلة التذكير يكون المجموع خمسة كما تقدم والمثال الثانى اذا ترك الميت ولدين خنثيين وعاصبا فلا بد من أربعة مسائل مسئلة تذكيرهما من اثنين ولا شئ للعاصب ومسئلة تأنيثهما من ثلاثة وكذلك مسئلة تذكير أحدهما وتأنيث الآخر وعكسه فالثلاث المسائل الاخيرة متفقة فتكتفى بأحدها وتضربه فى مسئلة التذكير لتباينهما يحصل ستة تضربها فى أحوال الخناثى وهى أربعة يحصل أربعة وعشرون تقسمها على مسئلة التذكير يحصل لكل خنثى اثناعشر ولا شئ للعاصب وعلى مسئلة التأنيث يحصل لكل من الخنثيين والعاصب ثمانية وعلى تقدير تذكير أحدهما وتأنيث الآخر يحصل للذكر ستة عشر وللانثى ثمانية ولا شئ للعاصب وكذا على تقدير عكسه فيحصل لكل واحد من الخنثيين فى المسائل الاربع أربعة وأربعون وللعاصب ثمانية فقط ونسبة الواحد الى أحوال الخناثى أربعة فيؤخذ لكل وارث ربع ما حصل له ولكل من الخنثيين ربع ما بيده وهو أحد عشر ربع الاربعة والاربعين وللعاصب اثنان ربع الثمانية وان شئت تأخذ لكل واحد ربع ما يخرج له فى كل مسئلة واجمع ذلك يحصل أيضا أحد عشر لكل واحد من الخنثيين واثنان للعاصب والله أعلم هذا أحد طرق العمل على القول المشهور وذكر ابن عرفة فى شرح الحوفى للعمل على المشهور أربع طرق وللعمل على القول الآخر طرقا أخرى وقد ذكر الشارح هنا عن ابن خروف انه اعترض على هذه الطريق وانها خطأ وذكر طريقا أخرى مخالفة لما تقدم وناقشه فى ذلك العقبانى وقال انما ذكره يتفرع على القول بان التركة تقسم على الدعاوى وهو مخالف لهذا القول وأطال فى ذلك فتأمله والله أعلم (الثانى عشر) من أوجه الكلام على الخنثى فى العلامات التى يستدل بها على ذكوريته وأنوثيته وكان ينبغى تقديم هذا الوجه كما فعل غالب الفرضيين لكن تبعنا المصنف فى تأخير الكلام عليه فأول العلامات التى يستدل بها على ذلك البول قال العقبانى فى النسائى انه عليه الصلاة والسلام قال يورث من حيث يبول لكنه ضعيف السند قال العقبانى نعم وضعيف

من أربعة وعشرين

(فان بال من واحد أو كان أكثر أو أسبق أو نبتت لحية أوثدى فلا اشكال والله تعالى أعلم) قال

الطرطوشي الخنثى هو الذي له ذكر وفرج أو لا يكونان له ولكن له ثقب يخرج منه البول والجمهور على انه قد يوجد الخنثى بحيث يلتبس علينا ميزه فينظر الى مباله فان بال من الذكر فهو ذكر وان بال من الفرج فهو أنثى فان بال منهما جميعا نظر الى أيهما أكثر فله الحكم وهل يكال أو يوزن فان تكافأت أموره فهو مشكل في حال الصغر ثم ينظر في كبره وبلوغه فان نبتت له لحية ولم ينبت له ثدى فهو رجل لأن اللحية علامة الذكر وان لم ينبت له لحية وخرج ثدى فهو امرأة فان لم ينبتا أو نبتا جميعا نظر فان حاضت من فرجها فهي امرأة وان احتلم من ذكره فهو ذكر فان احتلم وحاض أو لم يكن من ذلك شئ فهو مشكل وثم قول شاذ انه ينظر الى أعداد أضلاعه انتهى بحمد الله تعالى وتوفيقه الجميل وآخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ولا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم

المتن لأن الكلام في الاستدلال على توريثه لا في الارث عنه الا أن يكون لفظ يورث بفتح الواو وتشديد الراء لا بسكون الواو وتخفيف الراء فيستقيم حينئذ المتن انتهى (قلت) والظاهر أن لفظ الحديث كذلك والله أعلم قال في المدونة ويحكم في الخنثى بمخرج البول في نكاحه وميراثه وشهادته وغير ذلك وما اجترأنا على سؤال مالك عنه انتهى وقال ابن يونس ومن المدونة قال ابن القاسم الحكم في الخنثى بمخرج البول فان كان يبول من ذكره فهو رجل وان كان يبول من فرجه فهو جارية لأن النسل من المبال وفيه الوطء فيكون ميراثه وشهادته وكل أمره على ذلك وما اجترأنا على سؤال مالك عنه انتهى ونقل اللخمي عن ابن القاسم نحوه ثم قال قوله المراعى ما يكون منه الولد صحيح وقوله انه يخرج من مخرج البول غير صحيح لأن مخرجه غير مخرج الحيض الذي هو مخرج الولد ومحل الوطء انتهى ونقله ابن عرفة وقبله وقال العقباني عندي انه لا تلزمه هذه المضايقة وانما قصد ان البول اذا خرج من الذكر دل على ان المني يخرج من الذكر وان الفرج الآخر لا يخرج منه مني ولا ولد وان البول اذا خرج من الفرج دل على أن ذلك هو محل الوطء وانه لا يكون بالذكر فعلى هذا يحمل كلامه انتهى فان بال من أحد الفرجين فقط حكم بأنه من أهل ذلك الفرج قال العقباني ويستدل بالبول قبل غيره لعموم الاستدلال به في الصغير والكبير ولدوام وجوده فان كان صغيرا لا يحرم النظر الى عورته نظر اليه وان كان كبيرا فقيل ينظر في المرآة وقيل يبول على حائط أو متوجها الى حائط قريب فيستدل باندفاع البول على الحائط أو الى الحائط على الذكورة وبخلاف ذلك على الأنوثة فلو بال من المحلين اعتبر الأكثر والأسبق وأنكر الشافعي اعتبار الأكثر ورآه متعذرا وقال أيكال البول أو يوزن واختلف اذا كان أحدهما الأكثر والآخر الاسبق انتهى والى هذا أشار المصنف بقوله ص ﴿فان بال من واحد وكان أكثر أو أسبق﴾ ش أي فلا اشكال وظاهر كلام المصنف وكلام العقباني تقديم اعتبار الكثرة على السبق وهو صريح كلام الجواهر الآتي وهو خلاف ما قاله اللخمي وابن يونس وقبله أبو الحسن قال اللخمي قال ابن حبيب فان بال منهما فمن حيث سبق فان لم يسبق أحدهما فمن حيث يخرج الأكثر فان لم يكن أحدهما أسبق ولا أكثر وكانت له لحية كان على حكم الغلام وان لم تكن له لحية وكان له ثدى فعلى حكم المرأة فان لم يكونا أو كانا كان له نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى ولا يجوز له نكاح انتهى وقال ابن يونس فان بال منهما جميعا فمن أيهما سبق قال أيوب فان خرج منهما معا فقال أبو يوسف وبعض أصحاب أبي حنيفة ينظر من أيهما خرج أكثر فيكون الحكم قال شيخنا عتيق وأنكر ذلك الشعبي وقال أيكال البول أو يوزن والأولى ما قالته الجماعة لأن الأقل تبع للأكثر في أكثر الأحكام ونقل شيخنا زكرياء في شرح الفصول عن القاضي أظنه الماوردي أنه قال أسكت أبو حنيفة أبا يوسف في الخنثى فانه سأل أبا حنيفة بم تحكم في الخنثى فقال بالبول فقال أرأيت لو كان يبول بهما فقال لا أدري فقال أبو يوسف لكني أدري أحكم بأسبقهما فقال أرأيت لو استويا في الخروج فقال أحكم بالكثرة فقال أبو حنيفة أيكال أم يوزن فسكت أبو يوسف انتهى وقد صرح الشافعية بأنه يحكم بالمتأخر اذا استويا في الخروج وأما اذا سبق أحدهما فالحكم له ولو تأخر الآخر ولو بال من أحدهما مرة ومن الآخر أخرى أو سبق أحدهما تارة والآخر أخرى فالعبرة بالأكثر فان استويا فمشكل والله أعلم فان لم يتبين في البول أمر أمهل الى البلوغ فان أمنى من أحد الفرجين فواضح أو حصل حيض أو حمل أو نبتت له لحية أو ثدى

حكم له بما يقتضيه قال العقباني ولاشك ان أقوى ذلك الولادة فان حصل ولادة من البطن قطع بالانوثة أو من الظهر قطع بالذكورة الا انها لا يكاد يقطع بها وقيل انها نزلت بعلي رضي الله عنه وهي ان رجلا تزوج بابنة عمه وكانت خنثى فوقعت على جارية لها فأحبلتها فقال له علي هل أصبتها بعد احبال الجارية قال نعم قال علي انك لاجرأ من خاصي الأسد فأمر علي بعد أضلاع الخنثى فاذا هو رجل فزياه بزي الرجال وانظر لو وقع مثل هذا فان وقعت الولادة من الظهر والبطن فالظاهر عندي أن الحكم لولادة البطن لانها قطعية وقد روى عن قاسم بن أصبغ أنه رأى بالعراق خنثى ولد له من صلبه وبطنه قال العقباني وانظر أي نسب بين المولودين وهل بينهما توارث والظاهر لانسب بينهما ولاميراث وفي جواز النكاح بينهما ان كان ذكرا أو أنثى نظر انتهى (قلت) ما ذكره من أنه اذا وقعت الولادة من الظهر والبطن فالظاهر عنده ان الحكم لولادة البطن فكأنه لم يطلع على كلام المقدمات المتقدم ذكره في الوجه العاشر من أنه يرث من ابنه لصلبه ميراث الاب كاملا ومن ابنه لبطنه ميراث الام كاملا وأما ماذكره من الحكم بين المولودين فقال في التوضيح قال أبو عبدالله بن قاسم ورأيت المالك في بعض التعاليق ان مثل هذين لايتوارثان لانهما لم يجتمعا في ظهر ولابطن فليسا أخوين لاب ولا أم انتهى (قلت) وأطلق القاكهاني عليهما لفظ الاخوة ونظر فيما اذا ملك أحدهما الآخر هل يعتق عليه أم لا ونصه في شرح قول الرسالة ومن مالك أبويه الخنثى المشكل اذا ولد له من ظهره وبطنه فملك أحد الاخوين أخاه فهل يعتق عليه لم أر فيه نقلا فلينظر انتهى فعلى ماتقدم من أنه لانسب بينهما ولا توارث ولا اخوة لاب ولا لام فلا يعتق أحدهما على الآخر والله أعلم وفي الجواهر اذا كان ذا فرجين فيعطى الحكم لما بال منه فان بال منهما اعتبرت الكثرة من أيهما فان استويا اعتبر السبق فان كان ذلك منهما معا اعتبرنا اللحية وكبر الثديين ومشابهتهما لثدي النساء فان اجتمع الامران اعتبرا الحال عند البلوغ فان وجد الحيض حكم به وان وجد الاحتلام حكم به وان اجتمعا فمشكل وان لم يكن له فرج النساء ولا الرجال وانما له مكان يبول منه انتظر بلوغه فان ظهرت علامة تميز والا فمشكل انتهى ونقله في الذخيرة ثم قال بعد واذا انتهى الاشكال عدت الاضلاع فللرجال ثمانية عشر ضلعا من الجانب الايمن ومن الايسر سبعة عشر وللمرأة ثمانية عشر من كل جانب لان حواء خلقت من ضلع من أضلاع آدم الايسر فبقي الذكر ناقصا ضلعا من الجانب الايسر قضى به علي رضي الله عنه انتهى وقال ابن يونس اثر كلامه المتقدم في الاسبق والاكثر فان بال منهما جميعا متكافئا فمشكل في حد الصغر ثم ينظر في كبره وبلوغه فان نبتت له لحية ولم ينبت له ثدي فهو رجل لان اللحية علامة التذكير وان لم تنبت لحية وخرج ثدي فهو امرأة لان الثدي يدل على الرحم وتربية الولد فان لم ينبتا أو نبتا جميعا نظر فان حاضت فهي امرأة وان احتلم فهو ذكر فان حاضت فهي امرأة وان احتلم فهو ذكر فان حاض واحتلم أولم يكن شئ من ذلك فمشكل عند من تكلم على الخنثى الاعلى قولة شاذة ذهب اليها بعض الناس انه ينظر الى عدد أضلاعه ثم ذكر ماذكره القرافي وزاد ان الله سبحانه وتعالى لما خلق آدم ألقى عليه النوم فاستل من جانبه الايسر ضلعا خلق منه حواء ثم قال وعند هذا القائل لا يكون مشكلا في صغر أو كبر قال أيوب واليه ذهب الحسن البصري وتبعه عمرو بن عبيد قال والجماعة على خلافهما انتهى وذكر العقباني قول من يعد الاضلاع وقال ان منهم من يقول أضلاع الرجل ستة عشر وأضلاع المرأة سبعة عشر ومنهم من يقول أضلاع الرجل سبعة عشر وأضلاع المرأة ثمانية عشر

واتفقوا على أن اضلاع الرجل تساوى اضلاع المرأة من أحد الجانبين واختلفوا من أى جانب الزيادة والذين قالوا ان المرأة تزيد بضلع اعتمدوا فى ذلك مارواه الطبرانى عن بعض التابعين ورواه ابن عباس ان حواء خلقت من ضلع من أضلاع آدم وهى القصرى استلت منه وهو نائم وأيد هذا بما فى الصحيحين من قوله عليه السلام ان المرأة خلقت من ضلع أعوج الحديث وفى اثبات الأحكام بمثل هذا ضعف والعيان يدل على خلافه فقد أطبق خلق كثير من أهل التشريح على انهم عاينوا أضلاع الصنفين متساوية العدد انتهى والضلع بكسر الضاد المعجمة وفتح اللام وتسكين اللام جائز قاله فى الصحاح وقول على رضى الله عنه اجرأ من خاصى الاسد فاجر أباالهمز من الجرأة وهى الشجاعة وخاصى الاسد بلا همز من خصى يخصى والله أعلم ولم يعتبر الشافعية الاضلاع ولا اللحية ولا الثدى ولا نزول اللبن على الاصح عندهم وذكروا له علامة أخرى وهى ميله الى أحد الصنفين وقالوا انه يصدق فى ذلك (الثالث عشر) اذا حكم له باحد الأمرين بعلامة ثم حدثت علامة أخرى قال العقبانى لم أقف فيه على شئ الامار أيته لبعض أشياخى ونصه ان حكم له بانه ذكر بعلامات ثم جاءت علامات أخرى تدل على انه أنثى أو بالعكس لم ينتقل عما حكم به أولا كان يكون يبول من الذكر ثم جاء الحيض أو كان يبول من الفرج ثم جاءت اللحية قال الشيخ كذا كان الشيخ يقول انتهى وللشافعية قريب من ذلك وهو انه اذا ظهرت علامة ميله الى جهة الرجال وقبل قوله فى ذلك ثم ظهرت علامة أخرى غير الولادة لم يبطل قوله وتقييدهم بغير الولادة ظاهر والله أعلم (الرابع عشر) فى حكم نكاحه يمتنع النكاح فى حقه من الجهتين قال ابن عرفة فى باب النكاح عبد الحق لا يطأ ولا يوطأ وقيل يطأ أمته انتهى وفى التوضيح هنا ابن القاسم يمتنع النكاح من الجهتين انتهى وفى كلام اللخمى اثر ما تقدم له عن ابن حبيب ولا يجوز له نكاح يريد لا ينكح ولا ينكح انتهى وقال الشافعية انه يخير فى أن ينكح باحد الجهتين وقال ابن عرفة فى أول كلامه لا ينكح ولا ينكح ابن المنذر عن الشافعى ينكح بايهما شاء ثم لا ينتقل عما اختاره انتهى قال العقبانى بعد نقله قول الشافعى ولعله يريد اذا اختار واحدا وفعله اما بمجرد الاختيار دون فعل فلا ينبغى أن يمنعه من اختيار العرف الآخر ثم انه بحث فى اباحة النكاح فانظره ونحوه فى ابن يونس (الخامس عشر) فى حكم شهادته قال ابن عرفة اللخمى عن ابن حبيب ويحكم فيه بالاحوط فى صلاته واستتاره وشهادته قال العقبانى سلوك الاحوط فى شهادته أن لا تقبل الا فى الأموال ويعد فى شهادته امرأة (السادس عشر) فى سهمه فى الجهاد اذا غزا قال ابن عرفة فى مختصر الحوفى وسهمه فى الجهاد ربع سهم واستشكل وقال نصف وقال فى مختصره الفقهى وفى كون الواجب له ان غزا ربع سهم أو نصف سهم نقل الصقلى عن المذهب مع قول عبد الحق وابن عبد الحكم مع نقل الشعبى عن بعض أهل العلم (السابع عشر) فى حده اذا زنى بذكره أو فرجه أو زنى به قال ابن عرفة قال يعنى أبا عمران قيل ان زنى بذكره لم يحد لانه كاصبع وبفرجه يحد المتيطى فى حده ان ولد من فرجه قولا بعضهم وأكثرهم لحديث ادرؤا الحدود بالشبهات واختاره بعض الموثقين ونزلت ببجيان فاختلف فيها فقهاؤنا فافتى ابن أيمن وغيره بنفى الحد ووضع الخنثى ابنا ومات من نفاسه قال ابن عرفة فيتحصل فى حده ثالثها ان ولد وينبغى أن يتفق عليه لان ولادته من فرجه دليل على أنوثته ومفهوم أقوالهم أنه ان زنى بذكره لم يحد ورأيت فى بعض التعاليق مثله لابن عبد الحكم قال ويؤدب ومثله فى نوازل الشعبى عن بعض أهل العلم وفى بعض التعاليق عن

عبدالحكم من وطئ خنثى غصبا حد زاد الشعبي عن بعض أهل العلم وعليه نصف المهر (قلت) هذا على قول الاقل وعلى قول الاكثر وابن أيمن لا يحد الا أن يقال اشكاله كصغر الانثى يحد واطئها ولا يحد وفيه نظر (قلت) الاظهر انه ان زنى بفرجه و ذكره حد اتفاقا انتهى واقتصر ابن يونس وعبدالحق انه ان زنى بذكره لا يحد وان وطئ في فرجه كان عليه الحد ونقله أبو الحسن ولم يحك غيره (الثامن عشر) في الكلام على قذفه قال ابن عرفة حد قاذفه يجري على حده (التاسع عشر) في سجنه اذا سجن و يسجن وحده لا مع الرجال ولا مع النساء نقله ابن عرفة عن بعض التعاليق (العشرون) في امامته تقدم في فصل الجماعة ان امامته لا تجوز وتبطل صلاة من اقتدى به (الحادي والعشرون) في محله في صلاة الجماعة قال ابن عرفة عن اللخمي و يتأخر عن صفوف الرجال و يتقدم على صفوف النساء وسيأتي في الثاني والعشرين كلام ابن عبدالحق وابن يونس (الثاني والعشرون) في استتاره في الصلاة تقدم في كلام ابن عرفة عن اللخمي انه يحتاط قال العقباني فليستتر ستر النساء وقال في تهذيب عبدالحق ولا يصلي الا مستترا في آخر صفوف الرجال وأول صفوف النساء انتهى وقال ابن يونس قال بعض فقهائنا ولا يصلي الا مستترا في آخر الرجال وأول صفوف النساء (الثالث والعشرون) قال العقباني أنظر هل يقرأ في الصلاة الجهرية سرا و يسجد أو يقال انما السجود للسهو ألا ترى أن من عجز عن الجهر وقدر على السر لا يسجد انتهى (الرابع والعشرون) في مس فرجه هل ينقض وضوءه تقدم للمصنف في فصل نواقض الوضوء انه ينقض وقال الشارح انه مخرج على من أيقن بالوضوء وشك في الحدث والمذهب ذلك وجوب الوضوء (الخامس والعشرون) في حكمه في اللبس في الحج قال ابن عرفة عن بعض التعاليق انه يلبس ما تلبس المرأة و يقتدي ابن عرفة ظاهره يلبس ما تلبسه المرأة ابتداء والاظهر ان ذلك فيما يجب على المرأة ستره وفي غيره لا يفعله ابتداء فلا يلبس الا لحاجة انتهى وهذا هو الظاهر وقال سند واذا لم يحد يوم عرفة مركوبا يقف عليه للدعاء دعا جالسا كالمرأة ولا يقف كالرجل انتهى قاله في باب الحج (السادس والعشرون) يحتاط في الحج فلا يحج الا مع ذي محرم لا مع جماعة رجال فقط ولا مع نساء فقط ابن عرفة الا أن يكون جواريه أو ذوات محارمه انتهى (السابع والعشرون) فيمن يغسله اذا مات قال ابن عرفة في النكاح في بعض تعاليق أبي عمران عن ابن أخي هشام ان مات اشترى له خادم تغسله انتهى و وجهه واضح لانه ان كان ذكرا فهي أمته وان كان أنثى فهو امرأة الا أنها تؤمر بستره وهذا مما يدل على انه أحد الصنفين في نفس الامر ولكنا لم نطلع عليه وهذا اذا كان له مال فان لم يكن له مال وأمكن أن تشترى من بيت المال فالظاهر انه يشترى له منه جارية فان لم يمكن ذلك فالظاهر انه يمم انتهى وقد صرح بذلك الشيخ يوسف بن عمر في شرح الرسالة عند قوله وان كان مع الميتة ذو محرم منها ونصه وان مات المشكل فانه يشترى له جارية من ماله تغسله ان كان له مال فان لم يكن له اشتريت له من بيت المال ان كان هنالك وان لم يكن يمم ودفن (الثامن والعشرون) في موضع نعشه في صلاة الجنائز وقد تقدم ذلك في صلاة الجنائز في كلام المصنف (التاسع والعشرون) في محل وقوف الامام في الصلاة عليه لم أر فيه نصا والظاهر انه يقف عند منكبيه احتياطا وهذا على جهة الاولى والله أعلم (الثلاثون) في ديته قال السهيلي ديته كارثه أي نصف دية ذكر ونصف دية أنثى وكذا قال القلشاني في جوابه المنظوم في مسائل الخنثى وقال ابن عرفة وفي نوازل الشعبي عن بعض أهل العلم في قطع ذكره نصف ديته ونصف حكومته

(الحادى والثلاثون) اذا ادعى مشترى واحد من الرقيق انه خنثى غطى فرجه ونظر الرجال ذكره وغطى ذكره ونظر النساء فرجه (الثانى والثلاثون) اذا ادعى أحد الزوجين بعد النكاح انه خنثى قال ابن عرفة انه مثل مسئلة الرقيق قال ونزلت بتونس وفسخ نكاحها وفى نظر الرجال لذكره والنساء لفرجه على القول بالنظر للفرج فى عيب الزوجين احتمال للفرق بتحقق ذكورة الرجل (الثالث والثلاثون) هل يوجد خنثى فى غير الآدميين قال النووى فى تهذيب الاسماء واللغات قال صاحب التنبيه فى أول كتاب الزكاة يقال ليس فى شئ من الحيوانات خنثى الا فى الآدميين والابل قال النووى قلت وقد يكون فى ولبقر وقد جاءنى جماعة أثق بهم يوم عرفة سنة أربع وسبعين وستمائة قال ان عندهم بقرة خنثى ليس لها فرج الانثى ولا ذكر الثور وانما لها خرق عند ضرعها يجرى منه البول وسألوا عن جواز التضحية بها فقلت لهم تجزئ لانها ذكر او أنثى وكلاهما يجزئ ليس فيه ما ينقص اللحم وأفتيتهم فيه (انتهى) قلت ومما يدل على ما تقدم ان الخنثى ليس خلقا ثالثا وفى اجراء التضحية به بحث ثالث من جهة أخرى وهو أنه ناقص الخلقة الا أن يقال ان هذا النقص لا يضر بمنزلة الخصاء وهذا هو الظاهر والله أعلم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿ يقول الراجى عفو ربه الكريم * ابن الشيخ حسن الفيومى ابراهيم ﴾

نحمدك اللهم على نعم أسديتها * ومنن أوليتها وواليتها * فسالت كمائم المحابر لأفضل من حمد مولى النعم * فلقد اصطفيت وأيدت بتوفيقك لتأييد شريعتك الغراء ودينك القويم * أناسا ثابروا العمل فى مرضاتك وأنت مولى الاحسان العميم * ونصلى ونسلم على المفرد العلم * المخصوص بجوامع الكلم * سيدنا محمد القائل من يرد الله به خيرا يفقهه فى الدين * وعلى آله الكملة المطهرين * وأصحابه المرشدين الى أوضح مسالك الفقه والدين آمين ﴿ وبعد ﴾ فقد تم بمعونة منزل التنزيل * طبع شرح العلامة الحطاب لمصنف الامام خليل * شرح من بين الشراح تنثلج بفوائده الصدور * وتزدرى فرائده بقلائد النحور * وتخضع لتدقيقاته رقاب ذوى الآداب * ويسحر بتحقيقاته عقول أولى الألباب * مذيلة هاتيك القلائد * بدرر من الفرائد * ألا وهو شرح مفتى الأنام على الوفاق * سيدى محمد بن يوسف الشهير بالمواق * على المتن المذكور * ضاعف الله للجميع الأجور * فلله دره لقد أبرز من مخدرات مسائله العرائس * وأحرز من محجباتها النفائس * وقد أبرز هذين الكتابين للوجود * بعد أن كانا فى زوايا النسيان والجحود * المولى الأعلم * والسلطان الأفخم * سلالة سيد العرب والعجم * سيد المتكلمين * ورئيس المحققين * أمير المؤمنين وحامى حوزة الدين * جلالة سلطان المغرب الأقصى مولانا (عبد الحفيظ) ابن مولانا الحسن حرسه الله * وأعلى فى الخافقين ذكر علاه * ومتع بوجوده الأنام * وكلأه وذويه بعين رعايته التى لا تنام * آمين * وقد انتقى حفظه الله لهذا العمل الميمون * الأبر الحاج عبد السلام نجل الأمين الأجل الحاج محمد بن العباس ابن شقرون * فدأب حفظه الله وراء مرضاته حرصا على رضا رب الانام * وقام بذلك أحسن قيام * وصرف أوقاته السعيدة فى انجاز ما الى همته السامية وكل * وفقنا الله واياه الى ما به لرضا المولى الكريم نصل * وذلك بمطبعة السعاده * الثابت محل ادارتها بدرب سعاده * بجوار محافظة مصر ا[illegible]به * ادارة مديرها المتوكل على العزيز الجليل (حضرة محمد افندى اسماعيل) وقد فاح مسك الختام * وشذا عرف التمام *

أوائل شهر شوال * من عام ١٣٢٩ من
هجرة منبع الكمال * عليه الصلاة
والسلام * وآله الكرام *
وصحابته الأعلام *
ماجاءت الليالى
تتلوها الايام
آمين
م

﴿ فهرست الجزء السادس من شرحي الامامين الحطاب والمواق على مختصر أبي الضياء سيدي خليل رحمهم الله أجمعين ﴾

صحيفة

﴿ تمت ﴾

